

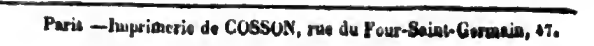




DE LA PROPRIÉTÉ

DES

EAUX COURANTES.



Paris —Imprimerie de COSSON, rue du Four-Saint-Germain, 47.

DE LA PROPRIÉTÉ
DES EAUX COURANTES,
DU DROIT DES RIVERAINS,

ET DE LA VALEUR ACTUELLE

DES CONCESSIONS FÉODALES,

OUVRAGE CONTENANT

L'EXPOSÉ COMPLET DES INSTITUTIONS SEIGNEURIALES

ET LE PRINCIPE

DE TOUTES LES SOLUTIONS DE DROIT

QUI SE RATTACHENT AUX LOIS ABOLITIVES DE LA FÉODALITÉ;

PAR

M. CHAMPIONNIÈRE,

Avocat à la Cour royale de Paris,

L'un des auteurs du *Traité* et du *Dictionnaire des droits d'enregistrement.*

PARIS,

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

10, RUE DE SEINE.

1846.

INTRODUCTION.

Les institutions seigneuriales ont régi le territoire du royaume pendant plus de 1200 ans ; durant cet espace de temps elles ont déterminé les conditions de la propriété foncière ; il ne pouvait être donné à la révolution de 1789, quelque radicale qu'elle fût, d'effacer absolument les traces de cette longue domination, et de faire disparaître du présent et de l'avenir, l'influence des faits accomplis. Loin d'essayer à le faire, les lois abolitives de la féodalité n'ont agi que par élimination ; elles ont supprimé une partie du système et consacré l'autre. « Sans contredit, disait M. Merlin, rapporteur » de la loi du 15 mars 1790, en détruisant le régime féodal, » vous n'avez pas entendu dépouiller de leurs possessions, les » propriétaires légitimes des fiefs, mais vous avez changé la » nature de ces biens ; affranchis désormais des lois de la féo» dalité, ils sont demeurés soumis à celles de la propriété fon» cière; en un mot *ils ont cessé d'être fiefs et sont devenus de* » *véritables alleux* (1). »

Ce langage devait être parfaitement compris des jurisconsultes auxquels M. Merlin l'adressait ; mais aujourd'hui

(1) *Répert.*, v° *Fief*, sect. 2, § 6.

les hommes de loi sont en petit nombre qui possèdent du fief et de l'alleu des idées assez certaines et assez complètes pour saisir exactement l'explication donnée des lois abolitives de la féodalité.

Est-ce donc que l'intelligence de ces lois soit superflue pour l'application du régime actuel?

Assurément non.

La législation révolutionnaire a donné naissance à deux sortes de procès.

Les uns ont eu pour parties le seigneur, d'une part, et, de l'autre, le vassal ou le censitaire, et pour objet la question de savoir quels droits étaient abolis et quelles obligations étaient supprimées ; c'est à cette question que se rattache la jurisprudence nombreuse et relative aux rentes seigneuriales, aux droits de banalité, de chasse, de pêche, et autres de cette nature, dans laquelle les tribunaux ont eu à juger les droits litigieux tombant sous l'application des lois abolitives de la féodalité.

La plupart de ces procès sont éteints aujourd'hui ; les questions sont presque toutes décidées, et d'ailleurs les prétentions sont généralement ensevelies sous la prescription. Néanmoins la Cour de cassation est encore appelée parfois à reconnaître ce que pouvait avoir de féodal tel ou tel contrat, par exemple les baux à métairies perpétuelles, les complants, certains accensements et certaines emphytéoses. Des arrêts très récents ont dû résoudre ces difficultés.

La seconde espèce de procès s'est élevée entre les divers possesseurs des droits consacrés par la législation nouvelle. A qui appartiennent aujourd'hui les dépouilles des seigneurs? quels sont leurs successeurs légitimes? quels droits seigneuriaux ont profité aux habitants de la seigneurie, au vassal, au possesseur privé, à l'État? quelles prérogatives ont dû s'évanouir sans profiter à personne?

Les contestations de cette nature sont loin d'être épuisées ; au contraire, à mesure que la possession territoriale acquiert plus d'importance, et que le sol, plus morcelé, plus travaillé, est en même temps plus disputé, l'origine et la nature des droits de chacun sont plus scrupuleusement examinées.

Ainsi, certaines terres inoccupées, longtemps sans valeur, n'ont pas suscité de procès parce que personne n'en réclamait

la jouissance exclusive; mais aujourd'hui tout ce qui peut être l'objet d'une culture devient l'objet d'une prétention ; les habitants des hameaux se partagent les landes incultes ; les propriétaires voisins veulent les annexer à leurs possessions ; les contestations s'élèvent au sujet de ces biens entre les communes et les villages ; dans les villages, entre les vassaux et les non vassaux ; dans les fiefs, entre les maisons à feux et celles qui n'en ont pas ; les vieux titres sont exhumés ; les droits de chacun sont recherchés dans leur origine, et partout on trouve le seigneur, ses droits, son intervention, en un mot l'institution seigneuriale en action, et cette action devant être appréciée comme décisive à l'égard de la solution du procès.

Ce qui s'agite à l'égard des biens vacants s'agite à l'égard des affouages, des droits d'usage dans les bois, les forêts, les prés, les terres non closes; des droits communaux de toutes sortes et sur toute espèce de biens ; des jouissances emphytéotiques ou à titre d'accensement, d'abénévis, d'hostise ; jusque dans les questions de propriété privée.

L'examen des titres anciens manifeste, en effet, l'origine des possessions ; or, une multitude de droits actuels de pêche, de chute d'eau, d'irrigation, de passage, de servitude, de pacage, et de propriété territoriale, ont pour cause première l'exercice des droits du seigneur ; ils émanent de son pouvoir ; ils en sont une délégation, un usage, un abus ; quelles doivent en être aujourd'hui la valeur, la nature, la condition ?

Cette question est loin d'avoir jamais été résolue en thèse générale ; un arrêt de la Cour de cassation, du 11 ventôse an 10, rendu contrairement aux conclusions de M. Merlin, a reconnu la validité d'une concession ; quelques autres ont confirmé ce principe en y apportant des modifications qu'il serait difficile de formuler en règles absolues ; le dernier est du 9 août 1843 (1).

Sans examiner le mérite de ces solutions, il est évident

(1) Voy. sur ce point le résumé de la jurisprudence, au recueil de M. de Villeneuve, an 1844, p. 5.

qu'elles supposent une connaissance exacte et certaine des établissements de l'ancien régime. Les tribunaux n'ont pu justement apprécier les effets des concessions sans connaître sûrement l'étendue du pouvoir qui les faisait; cependant il est permis de douter que la science du magistrat ait été sur ce point pleinement satisfaite.

Un ouvrage dans lequel les institutions seigneuriales et le droit qui s'y rattache seraient exposés aurait donc actuellement une grande utilité pratique. J'ai cru pouvoir entreprendre cette tâche laborieuse dont les éléments sont depuis longtemps, pour moi, l'objet d'études sérieuses et de travaux connus des hommes de loi.

L'origine et le caractère véritable des droits seigneuriaux ont été, dans l'ancien régime, un mystère impénétrable aux yeux des jurisconsultes, et l'obscurité profonde qui couvrait les conditions de l'institution seigneuriale ne s'est point assurément aujourd'hui dissipée. Écoutons le témoignage de l'un des derniers ouvrages écrits sur la matière féodale, de l'ancien *Répertoire de jurisprudence*, v° Fiefs :

« De toutes les parties de la jurisprudence, celle-ci est la plus étendue et la » plus obscure. Nés au milieu de l'anarchie, les droits féodaux ont déjà éprouvé » une infinité de révolutions, et peut-être en éprouveront-ils encore. Pour en» tendre cette matière, il faut remonter aux siècles les plus ténébreux de notre » monarchie, consulter les historiens, étudier nos publicistes, recueillir mille » faits épars dans nos capitulaires, dans nos coutumes, dans nos chartes, au» jourd'hui plus ignorés que jamais; il faut suivre pas à pas la marche irrégu» lière de notre gouvernement depuis son berceau jusqu'au quinzième siècle, » époque où l'on a commencé à rédiger les coutumes et à donner une sanction » plus solennelle a des droits usurpés, à des usages barbares, à des conventions » passées entre la force et la faiblesse, conventions remplies d'équivoque, et » toutes différentes les unes des autres. *Un grand nombre d'écrivains ont en» trepris de porter la lumière dans ce chaos, et malheureusement aucun d'eux » n'a les mêmes opinions; chacun a bâti son système sur des faits et des rai» sonnements qui ont été combattus par des faits et des raisonnements ca» pables de décourager ceux qui veulent approfondir la législation et la juris» prudence féodale.* »

M. Troplong, celui de nos jurisconsultes modernes qui connaît le mieux les anciens, tient le même langage :

« Depuis quelque temps les jurisconsultes, ordinairement occupés du mur » mitoyen et de la nullité de forme, ont été presque étonnés de se voir appelés

» à remuer les grandes questions féodales et bénéficiales qui semblaient étein» tes depuis que le droit français a dépouillé tout élément aristocratique et » théocratique. Quelle fut l'origine de la féodalité et le ressort de son gou» vernement ?... Appelé par mes fonctions à prendre part à ces débats judi» ciaires, j'ai dû me livrer à l'étude spéciale de quelques-uns de nos feudistes » et publicistes les plus renommés, par exemple, Dumoulin, Loyseau, Lebret, » d'Aguesseau, Henrion de Pansey. Mais, le dirai-je, *fremant omnes scilicet*, » je n'ai rien trouvé dans ces écrivains qui puisse satisfaire les esprits nourris » des saines doctrines mises en honneur par l'école historique du dix-neuvième » siècle. Vues mesquines et passionnées sur nos origines, fausse intelligence » des sources, préjugés de corps, haines systématiques, voilà ce qui m'a frappé » dans ces auteurs plus vantés qu'étudiés par la génération actuelle (1). »

L'exploration longue et approfondie que j'ai dû faire des ouvrages anciens relatifs aux droits de mutation en matière de fief, pour y puiser les solutions applicables à la fiscalité nouvelle et recueillies dans le *Traité des droits d'enregistrements*, m'a fait également reconnaître la vérité de ces observations; autant les enseignements des feudistes sont clairs, nets, puissamment raisonnés, quand il s'agit d'expliquer la nature des contrats soumis à la perception, autant leurs doctrines sont obscures et puériles quand elles ont pour objet d'expliquer la cause des droits perçus, et à cet effet d'exposer les origines et les caractères du pouvoir auquel ils se rattachent.

C'est assurément un fait fort étrange que cette singulière condition du droit seigneurial, d'avoir été un mystère pour ceux-là mêmes qui le subissaient; j'en ai dû rechercher les causes avant de me livrer, à mon tour, à des études qui n'ont conduit les feudistes qu'au chaos et au découragement. Or ces causes apparaissent manifestes dès qu'on se rappelle le rôle auquel l'ancien gouvernement avait réduit l'histoire en tout ce qui touchait aux pouvoirs du monarque.

Peut-être, depuis la confédération des barons de 1247 jusqu'à la charte de 1814, n'est-il pas un seul acte de haute politique qui n'ait été fondé sur quelque prétention historique; et, chose remarquable, il est peu de ces prétentions qui n'aient été fabuleuses. La raison de ce double fait est sensible : c'est qu'il n'est aucun de ces actes qui ne constitue en réalité

---

(1) *Revue de législation*, tome 1, p. 5.

un droit nouveau, et qui ne soit, au contraire, présenté comme la confirmation d'un droit antérieur; pour concilier ces conditions opposées, c'était une nécessité de dénaturer le passé sur lequel l'innovation s'appuyait.

Ainsi, la vérité historique ne pouvait convenir au système qui supposait originairement au roi de France tous les droits des empereurs de Rome, la propriété universelle des terres du royaume, la suprématie féodale à l'égard de tous les habitants. Cependant, l'autorité reposait sur ces principes et dès lors ne devait pas souffrir qu'aucune atteinte y fût portée. Aussi, d'Argentrée était exilé pour avoir osé soutenir que la Bretagne avait eu des rois indépendants de la couronne de France (1); Fréret était mis à la Bastille pour avoir critiqué l'origine reçue de l'établissement de la monarchie (2); les défenseurs de la liberté de l'alleu étaient soumis à de nombreuses et inévitables concessions; au milieu du XVIIIe siècle, un savant feudiste, Bouquet, devait faire précéder son livre, malheureusement inachevé, de ces protestations : « Ce que l'on a dit, dans ce volume, du » partage des terres, de la nature et des prérogatives de l'alleu, » n'est point opposé aux maximes fondamentales de l'État : le » prince est la source de toute justice, toutes les terres sont » médiatement ou immédiatement dans l'étendue de la souve» raineté et du dernier ressort. *Nos sentiments ne sont ni* » *équivoques, ni suspects* (3). »

C'est donc au défaut de liberté des feudistes, et non à la nature même de la matière, qu'il faut attribuer l'insuccès de leurs efforts pour reconnaître les vrais principes du droit seigneurial. Les notions historiques qui seules pouvaient en expliquer les conditions en en montrant l'origine étaient infec-

(1) En 1680, un commissaire du roi, en exécution d'un arrêt du conseil, fit rayer sur une charte de 1087, insérée aux registres du duc de Bretagne, ces mots qui contrariaient la prétendue mouvance de cette province : *Alanus* DEI GRATIA *Britonum dux, de lineâ Conani* BRITONUM REGIS (Hévin, *Quest. féod.*, p. 214). Ainsi les sources mêmes de l'histoire étaient dénaturées dans l'intérêt du fisc !

(2) Aug. Thierry, *Récits mérovingiens*, t. 1, p. 72.

(3) *Le droit public de France*, avertissement, p. 3. Ainsi les opinions historiques de l'auteur sont subordonnées à ses *sentiments* de sujet.

tées de maximes fiscales imposées à la foi du jurisconsulte, confiées à la garde des agents du domaine et défendues par l'autorité des traitants; nul n'osait s'en écarter; de fausses prémisses ne pouvaient engendrer que de fausses conséquences, et par suite le chaos dans les doctrines.

Une critique libre peut aujourd'hui porter le flambeau sur les documents qu'il n'était pas alors permis de lire et surtout de révéler. Depuis un demi-siècle, les publicistes n'ont pas fait autre chose que relever les erreurs de l'histoire accréditée, erreurs qui se rattachaient aux mêmes causes. En suivant leur exemple et leur admirable méthode, on peut donc espérer d'atteindre également la vérité dans cette branche de nos institutions, que les contemporains devaient méconnaître. Mais, pour arriver à ce résultat, il faut d'abord se dégager entièrement des préjugés issus de systèmes mis en avant pour soutenir une thèse politique, soit dans l'intérêt d'un pouvoir, soit dans celui d'un parti, oublier les théories qui ont eu pour objet les institutions seigneuriales, et en refaire l'histoire comme si jamais elle n'eût été faite ou tentée.

Si l'on recherche attentivement, dans les écrits des feudistes, ce qui caractérisait l'obscurité de leurs doctrines, on reconnaît que c'est dans l'application que la confusion se manifestait. Les droits des seigneurs, constatés par un exercice immémorial, la possession des vassaux, leurs jouissances résultant d'actes incontestés, le texte des coutumes, s'élevaient constamment contre les prétendues règles, les prétendues maximes, les prétendues origines que supposaient les livres de droit. Cette lutte de la pratique qu'il était impossible de méconnaître, contre une théorie dont ils ne pouvaient pas s'écarter, formait, aux yeux des feudistes, la contradiction qui désespérait leur judiciaire. Au lieu d'y voir, comme eux, un élément d'incertitude et de confusion, nous devons aujourd'hui considérer la pratique comme un moyen de constituer ou d'éprouver la théorie. Les titres communs, les possessions générales, les textes législatifs uniformes sont dans tous les temps le droit en action et ne peuvent jamais être contraires aux vrais principes des institutions sous l'empire desquelles ils ont existé.

C'est dans cette pensée que j'ai cru nécessaire de subordonner mes études sur les institutions seigneuriales à l'examen d'une

des plus hautes questions qui se soient agitées dans l'ancienne et la nouvelle jurisprudence, savoir : *le droit des riverains sur les petites rivières*. L'exposé de ce droit, de ses règles successives, de ses controverses et de son état définitif en présence des lois abolitives de la féodalité, m'a paru, de tous les objets du régime coutumier, le plus propre à démontrer, comme exemple et justification, la nature des droits seigneuriaux, les conditions du fief et de la justice, les origines respectives de ces institutions, les liens qui les rattachaient au sol et à ses possesseurs, les vicissitudes de leurs luttes contre les populations et la royauté, leur sort devant les lois de 1790, enfin, l'intelligence de ces paroles de Merlin : « Les *fiefs* ont cessé » d'être *fiefs* et sont devenus des *alleux*. »

Les lois promulguées depuis l'abolition du système féodal n'ont expressément rangé dans le domaine public que les rivières navigables ; la logique de la jurisprudence avait conclu du silence de la législation à l'égard des autres cours d'eau que ces éléments du sol étaient restés dans le domaine particulier et faisaient partie des héritages qu'ils traversaient. Mais depuis quelques années une opinion contraire a pris faveur et tend à séparer du fonds les eaux courantes qui le fertilisent, en attribuant les petites rivières à l'État.

Les progrès de cette opinion se rattachent à plusieurs causes : la première est la lutte qui se manifeste en tant de façons entre la propriété foncière et la propriété mobilière ; en d'autres termes, entre l'agriculture et l'industrie, entre la terre et l'usine. Il y a un siècle à peine, les jurisconsultes proclamaient d'une voix unanime que le droit du cultivateur était préférable à celui de l'usinier, celui-ci pouvant suppléer aisément à la force motrice de l'eau par une autre, et le premier n'ayant aucun moyen de remplacer l'irrigation. Cette considération, plus puissante aujourd'hui qu'à cette époque, à cause des machines à vapeur, a cependant perdu de son autorité, parce que l'industrie s'est élevée riche et puissante ; la propriété foncière s'est affaiblie en se divisant ; le possesseur du champ riverain, petit propriétaire ou paysan, n'est plus capable de lutter contre le maître de la fabrique, électeur ou député, et chaque jour les règlements administratifs sur les cours d'eau, par leur faveur croissante à l'égard de ce dernier, témoignent de son influence et de la décadence de son adversaire.

A cette cause récente de succès pour l'opinion nouvelle, une autre vient se joindre, qui semble de tous les temps, et depuis plus de cinq siècles a disputé tous les éléments du sol à l'appropriation privée, savoir, l'esprit incessamment envahisseur du domaine public. Profitant du débat qui s'élève et qu'elle fomente à l'égard des petites rivières, l'administration cherche à conquérir la libre disposition des eaux courantes et à faire légitimer par les lois et la jurisprudence l'arbitraire de ses règlements. A cet effet, elle intervient activement dans les procès où la question peut s'agiter. Récemment, à l'occasion d'un arrêt de la Cour d'Amiens, soumis à la Cour de cassation, et dans lequel le droit des riverains à la propriété des petites rivières a été formellement consacré, le ministre des travaux publics a fait imprimer une dissertation empruntée à un ouvrage que la science attend impatiemment, et dans lequel un savant magistrat soutient la prétention de l'État (1). M. Rives, conseiller à la Cour de cassation, a développé dans cette discussion tout ce que l'érudition et la logique offraient de ressource à son opinion ; le domaine, en la publiant, s'est efforcé d'opposer une autorité grave pour la Cour à l'autorité non moins grave de M. Troplong, qui, dans son traité de la *Prescription*, n° 144 et suiv., a puissamment fait ressortir du Code civil le droit établi par l'arrêt attaqué.

L'administration est entrée directement dans la lice par l'un de ses membres les plus capables de soutenir sa cause : M. Nadaut de Buffon, ingénieur des ponts et chaussées, dans son traité *des Usines sur les cours d'eau*, a consacré un long chapitre à l'établissement d'une opinion mixte, qui consiste à considérer l'eau courante comme n'appartenant par sa nature à personne ; système qui ne s'écarte de celui de M. Rives qu'en apparence, puisque l'art. 598 du Code civil déclare dépendances du domaine public « toutes les parties du territoire » français qui ne sont pas susceptibles de propriété privée. »

De nombreux auteurs ont pris une part plus ou moins active

---

(1) *Du cours et du lit des rivières non navigables et non flottables*; par M. Rives, ancien conseiller d'État, conseiller à la Cour de cassation ; 1844.

à cette controverse (1), et la diversité des avis témoigne de son importance. Les dissertations de MM. Proudhon, Rives et Nadaut de Buffon résument tout ce qui a été dit dans l'intérêt du domaine, et ont été complètement réfutées par M. Daviel, tant dans la nouvelle édition de son *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, tome 2, n[os] 530 et suiv., que dans son *Commentaire de la loi sur les irrigations*, n[os] 61 et suiv.

Après cette discussion et celle de M. Troplong, il ne reste assurément rien d'utile à ajouter pour établir le droit des riverains sous l'empire des lois qui nous régissent.

Aussi mon intention n'est point d'examiner la question pour la résoudre; la controverse qui s'est élevée sur la propriété des petites rivières, entre les jurisconsultes de l'ancien droit et ceux du nouveau, n'est pour moi qu'un moyen d'expliquer les liens qui rattachaient au sol les institutions seigneuriales; en d'autres termes, les conditions de la propriété foncière dans ses rapports politiques, tant sous le régime féodal que sous celui qui l'a renversé.

Mais, avant de rechercher quel a été le régime des rivières sous la domination seigneuriale, je devrai nécessairement me demander ce que la nature invariable des eaux courantes permet à l'appropriation privée, car il est évident que cette circonstance a déterminé le droit dans tous les temps et dans toutes les institutions; ce sera, dans la question des eaux courantes, la part du droit naturel. Ce travail aura pour résultat la réfutation de tout ce que les partisans du domaine ont déduit des prétendues règles de ce droit. Les solutions de mon examen seront confirmées par l'exposé des lois qui régissent actuellement les divers États de l'Europe en cette matière.

J'exposerai ensuite quelles conditions la législation romaine faisait aux cours d'eau dans le territoire des provinces, pour faire connaître dans quel état le gouvernement des proconsuls a livré la possession de cette portion du sol à l'administration

(1) Voy. un relevé très exact de tous les auteurs qui se sont occupés de cette question, dans la nouvelle collection d'arrêts de M. de Villeneuve, t. 9, part. 2, p. 337.

des rois barbares, et ce que le droit écrit a légué au droit coutumier. Sur ce point encore j'aurai l'occasion de démontrer l'erreur de ceux qui rattachent les droits de l'État aux principes de la législation romaine.

Puis j'aborderai l'exploration du droit seigneurial.

Peut-être les notions des règles coutumières offrent-elles la véritable raison de décider la question des cours d'eau sous l'empire du Code civil ; c'est là du moins que l'ont puisée la plupart des auteurs qui ont examiné cette question, et le plus grand nombre des arrêts qui ont dû la résoudre (1).

Ce ne sera pas sans quelque surprise qu'on arrivera à se convaincre que, malgré l'assertion contraire de la jurisprudence moderne, jamais les seigneurs n'ont eu sur les petites rivières un droit dérivant de l'autorité publique ; qu'il n'existe ni dans les lois barbares, ni dans les coutumes, ni dans la législation des ordonnances, un seul texte qui leur en suppose la propriété ; que la jurisprudence ancienne n'a jamais consacré que des possessions particulières et diverses ; que l'immense majorité des auteurs supposait l'appropriation des riverains ; que, depuis la domination romaine jusqu'à la révolution de 1789, une série non interrompue d'actes publics, privés, authentiques et multipliés, montrent les

---

(1) Voy. MM. Proudhon, Troplong, Daviel, Nadaut de Buffon, et surtout M. Rives qui a fait du droit des rivières, depuis l'origine des sociétés jusqu'aux lois de la révolution, l'objet principal de sa dissertation. Arrêt de la Cour de Grenoble du 17 juillet 1830 : — « Attendu qu'en vertu de la puissance seigneuriale, le seigneur haut-justicier était le maître des eaux qui coulaient dans sa seigneurie. » Arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1824 : — « Attendu que le droit de jouir exclusivement des cours d'eau était une émanation du régime féodal et des droits de justice. » Arrêt de la même Cour du 9 août 1848 : — « Attendu que, sous l'empire de la législation féodale, la propriété des petites rivières non navigables appartenait aux ci-devant seigneurs. » Arrêt de la Cour de Rennes du 27 juillet 1843 : « Considérant que, sous l'empire de la coutume de Bretagne, les rivières navigables au moyen de travaux d'art appartenaient aux seigneurs... ; que ce n'était pas une propriété privée, mais une dépendance du domaine public que les seigneurs gardaient à titre de petits souverains. » L'arrêt d'Amiens précité et une foule d'autres décisions contiennent des considérants également fondés sur ce prétendu principe du droit féodal.

cours d'eaux dans le commerce et soumis au même droit que les héritages voisins; qu'enfin, les lois abolitives de la féodalité n'ont pu trouver à détruire, dans les droits seigneuriaux sur les rivières, que quelques vestiges d'abus tombés en désuétude depuis des siècles, quelques droits de pêche, sans valeur, ou la faculté de disposer des eaux sans maître, comme des terres incultes et vacantes; en un mot, rien dont l'État ait pu s'enrichir et qu'il ait à revendiquer dans l'héritage des seigneurs.

Assurément, ces enseignements laisseront peu de doute sur l'effet des lois de 1790 à l'égard des petites rivières, en présence de cette déclaration du législateur : « qu'il n'a pas » entendu dépouiller de leurs possessions les propriétaires lé» gitimes du sol, » et paraîtront puissamment décisifs en faveur des riverains dans le procès actuel. Mais, encore une fois, cette conséquence, quelque importante qu'elle soit, n'est pas l'objet principal de ces études. L'intelligence et l'explication des droits seigneuriaux en est le véritable but, et la connaissance et l'interprétation des textes coutumiers relatifs aux rivières, le moyen qui doit y conduire.

Dans la recherche des origines seigneuriales, j'ai suivi les leçons des maîtres de l'école historique moderne; je me suis éclairé de leurs lumières et je dois à leurs savants travaux toutes les bases sur lesquelles je me suis appuyé. Plusieurs des résultats de mes études confirment les systèmes qu'ils ont établis; mais aussi, dans certains points, j'ai dû m'écarter des doctrines qu'ils ont admises. Ainsi, la persistance de l'élément romain, en présence de l'élément barbare, germain ou gaulois, ressort de mes déductions comme des leurs, mais bien autrement grave et importante; l'institution des justices seigneuriales tout entière n'est, à mes yeux, que la continuation non interrompue de l'administration romaine; les justiciers des coutumes sont les *judices* du Code de Théodose, les *justitiarii* des Capitulaires et des Chartes des XIe et XIIe siècles; les droits de gîte, les corvées, les censives, les péages, les banalités, les tailles, l'aubenage, la confiscation, abolis en 1789, sous le nom de droits de justice, ce sont les tributs établis par le fisc-romain, accrus des abus de sa terrible exaction et de ceux plus terribles encore de la domination qui l'a remplacé et perçus par celle-ci sous le nom de

justitiæ; l'homme soumis à la *potestas* du publicain, c'est le Gaulois vaincu; c'est encore le vaincu des lois barbares; l'homme de pooste du droit seigneurial, le roturier, affranchi pour la première fois en 1789 des lois de la victoire, imposées par Jules César. A côté des droits de justice, et selon moi contre eux, s'élève l'institution des fiefs, condition de l'association sénioriale, et lien de la bande guerrière, avec ses droits, ses régles, ses obligations : l'hommage, le service militaire, l'investiture, les lods et ventes, les reliefs, les dénombrements, le jeu de fief, la commise et la directe, issus des coutumes germaines et frappés de mort seulement en 1793.

Ce système sépare profondément les idées de ce livre de celles des écrits qui l'ont précédé sur le même sujet. Il rétablit à sa place, c'est-à-dire à celle de principe essentiel et fondamental, la maxime : « Fief et justice n'ont rien de com- » mun. » C'est, à mon avis, pour avoir contesté cette maxime ou pour en avoir méconnu le sens que les feudistes des derniers siècles n'ont trouvé que confusion et obscurité dans le régime des fiefs et des justices; c'est en la démontrant dans ses causes et dans son application que je crois avoir rendu compte de toutes les règles du droit seigneurial, de leur diversité, de leurs variations, des erreurs dont elles ont été l'objet, et de la véritable entente qu'il faut leur donner : toutes les discussions de cet ouvrage tendent à cette démonstration. J'ai voulu la faire sortir de tous les éléments du droit seigneurial, et à cet effet, j'ai parcouru tous les priviléges, toutes les prérogatives, toutes les servitudes qui se rattachaient à ce droit; j'ai cherché à prouver qu'il n'est pas un de ces documents qui ne tienne le même langage que le droit des riviéres et ne manifeste hautement, comme lui, la séparation essentielle, originaire et persistante du fief et de la justice.

Une fois ce principe admis et entendu comme je le comprends, tous les autres points dans lesquels je m'écarte des idées généralement reçues sont des conséquences que la logique peut faire apprécier. En partant de ces données nouvelles, on voit nécessairement apparaître sous un nouveau jour l'origine et la nature des juridictions, les rapports du seigneur féodal et du seigneur justicier, soit entre eux, soit avec leurs sujets ou vassaux; les souffrances et la résistance

de ceux-ci, les établissements des communes et les premières rédactions de coutumes, les conquêtes de la monarchie sur le pouvoir seigneurial, enfin la portée d'une foule de règles établies soit dans l'intérêt du domaine de la couronne, comme : « toute justice émane du roi, le roi est souverain fieffeux du » royaume, nul n'a de fisc si ce n'est le roi, » soit dans l'intérêt du pouvoir seigneurial, par exemple l'attribution des vacants et la maxime : « Nulle terre sans seigneur. »

On ne doit pas s'attendre à trouver, dans le droit que je vais exposer, une législation uniforme et constante; c'est là l'illusion de la plupart de ceux qui ont parlé des institutions seigneuriales. La vérité historique présente au contraire les pouvoirs du moyen âge dans un état d'anarchie profonde et violente; ce n'est pas, comme on l'a dit, sur les ruines d'une organisation systématique que la monarchie s'est élevée en renversant la puissance féodale; c'est l'ordre qui a lutté contre le désordre, l'a remplacé péniblement et a dû transiger avec ses conséquences; ce qui dans le régime seigneurial porte aux derniers temps une apparence de régularité appartient aux influences de l'autorité centrale et aux idées introduites par ses efforts ; mais, dans le principe de ce régime, ces éléments hiérarchiques n'existaient point et ne pouvaient pas s'y rencontrer.

Je n'ai pas eu non plus la pensée de résoudre les questions de droit et les difficultés d'interprétation qui divisaient les anciens jurisconsultes; j'ai voulu seulement mettre l'homme de loi, qui doit en rechercher aujourd'hui la solution, à même d'en comprendre la portée, et d'apprécier les considérations auxquelles se rattachaient les opinions diverses. J'ai essayé de rendre aux luttes sociales, politiques ou judiciaires de l'ancien régime, leurs véritables caractères, en exposant leur véritable objet, et d'aider ainsi la juste intelligence non-seulement des livres de droit, mais encore des faits et des évènements qui constituent notre histoire. Le travail exécuté sur la législation coutumière concernant les cours d'eau doit servir d'exemple et de guide pour toutes les études qu'exigeraient les autres branches de cette même législation, et indiquer la solution de toutes les questions du droit ancien que le jurisconsulte peut avoir à résoudre.

Le lecteur jugera si ce but a été convenablement atteint;

quelle que soit l'appréciation à laquelle cet ouvrage sera soumis, il restera le premier depuis le traité de Loyseau qui contienne un exposé complet des droits seigneuriaux, et, jusqu'à ce jour, le seul dans lequel on ait essayé d'expliquer le pouvoir féodal, ses origines, ses éléments, les vicissitudes de son existence, sa mort et le sort de sa succession. Les immenses difficultés de ce travail appelleront, je l'espère du moins, l'indulgence de ses juges sur les imperfections de ses résultats.

DE LA PROPRIÉTÉ

DES

EAUX COURANTES.

PREMIÈRE PARTIE.

DU DROIT NATUREL, DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES ET DU DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT NATUREL.

SOMMAIRE.

1. Du droit philosophique ; éléments de ce droit.
2. De l'état de la terre au jour de l'occupation primitive.
3. De l'établissement des premiers peuples au bord des rivières, et de l'appropriation des ruisseaux.
4. L'appropriation d'une eau courante n'est pas exclusive du droit appartenant à tous les hommes de s'y désaltérer.
5. Des usages divers de l'eau courante.
6. Jusqu'à une époque moderne, le riverain a été seul possesseur des eaux courantes.
7. Opinion de Grotius.

1. L'application du droit naturel aux eaux courantes paraît, au premier abord, une opération assez bizarre, car ce droit, dans les idées communes aujourd'hui, se confond avec la morale, et l'on conçoit difficilement comment les règles des devoirs humains exercent une action quelconque sur la propriété des ruisseaux.

Cependant les lois de la nature sont invoquées sous un double rapport.

Le premier se rattache à la philosophie du XVIIIe siècle. C'était alors le règne des philosophes ; leur domination hautaine et impérieuse attaquait toutes les institutions ; nulle condition sociale n'échappait à leur critique dissolvante. Élevant doctrines contre doctrines, ils puisaient les leurs dans la nature. C'était à l'aide des prétendus principes naturels qu'ils fascinaient l'opinion publique, toujours facilement dupe des mots les plus vagues et les plus indéfinis. Aux croyances chrétiennes ils opposaient la religion naturelle ; aux lois civiles, le droit naturel. Les hommes étaient à leurs yeux dans un état plus naturel, grossiers et sauvages, que polis et civilisés ; les lois naturelles de l'humanité se trouvaient dans la barbarie, celles des sociétés dans leurs premiers essais. Reportant ainsi dans des conditions inconnues et inappréciables le procès intenté par eux aux institutions existantes, ils en livraient le jugement à des théories conjecturales aisément dirigées vers le but qu'ils se proposaient d'atteindre.

On aurait pu croire les questions de propriété rurale à l'abri

des envahissements de la philosophie naturelle ; on devait, du moins, penser qu'aujourd'hui la loi civile avait repris dans l'esprit des jurisconsultes l'empire qui lui appartient en ces matières. Il n'en est pas ainsi : les considérations de ce qui a été ou dû être lors de la formation même des sociétés humaines sont, au contraire, présentées comme sérieusement décisives dans la question des eaux courantes, même en présence du Bulletin des lois. Elles sont évidemment déterminantes dans l'opinion du plus grand nombre des légistes qui attribuent à l'État la propriété des petites rivières. C'est donc une nécessité de la discussion d'en parler, non assurément pour les combattre ou les critiquer, on peut hardiment les abandonner à l'appréciation du lecteur, mais afin qu'on n'en parle plus.

2. La plus curieuse des controverses de ce genre est assurément celle qui s'est élevée sur le point de savoir si la prise de possession des terres par l'homme a précédé l'existence des eaux courantes. On aurait peine à croire à cette discussion, si on ne la trouvait très sérieusement examinée par M. Rives : « On ne peut » admettre, en effet, dit cet honorable magistrat (p. 11), *con-* » *tre l'évidence manifeste des observations géologiques*, qu'a- » vant la division et l'appropriation individuelle des propriétés, » le sol était partout sec et solide, et que *les cours d'eau se sont* » *formés spontanément après cette division* pour envahir cer- » taines portions du territoire. »

Puis, pour confirmer cette assertion, qui apparemment n'a pas pour lui nature d'axiome, l'auteur invoque l'opinion de M. Tarbé de Vauxclairs, de M. Proudhon et aussi de M. Koutorga, professeur russe, jurisconsultes qui se sont également occupés de l'objection géologique, et dont l'autorité ne saurait plus laisser la question douteuse.

3. A cette considération au moins antédiluvienne, ces derniers juristes en opposent une autre un peu moins reculée dans les origines humaines, mais cependant encore assez voisine du premier homme pour satisfaire pleinement aux conditions de la loi naturelle. Ils racontent que les peuples se sont d'abord établis sur les bords des ruisseaux, et ils affirment que dans l'occupation

des terres riveraines les particuliers n'ont compris que le solide, respectant le liquide et le prenant pour limite infranchissable de leur possession. Cette assertion historique semble certaine à M. Proudhon : «Si nous remontons, dit-il (art. 938), *jusqu'à l'o-» rigine de la propriété foncière, il est incontestable* que la » terre ferme a été seule l'objet de l'occupation primitive des » hommes. » La chose ne paraît pas moins assurée à M. Tarbé de Vauxclairs: « S'il est plus vraisemblable, dit cet auteur (1), que » la propriété privée s'établit partout le long des fleuves et des » rivières de la même manière qu'ailleurs, il faut bien en *con-» clure forcément* que les premiers terrains *eurent et n'ont » pas cessé d'avoir pour limites, dès l'origine, les ruisseaux » et les petites rivières* aussi naturellement que les grand fleuves » et la mer. »

Ces assertions, tirées du droit primitif, sont confirmées par les mêmes auteurs à l'aide des temps postérieurs : « Si nous fixons » ensuite, dit encore M. Proudhon, notre attention sur ce qui » s'est passé depuis la première division des propriétés fonciè-» res, nous voyons que, *dans les actes de mutations* des fonds » adjacents aux rivières, *c'est toujours* ces cours d'eaux qui leur » ont été et qui leur sont donnés pour confins. »

M. Rives enchérit sur M. Proudhon et précise singulièrement sa proposition: citant trois ou quatre extraits de Ducange, v° *Riparia*, où les rivières sont indiquées comme limites du territoire désigné: *Usque ad fluvium, a flumine usque ad flumicellum, juxta rivum*, il en conclut que « les héritages adjacents des petites » rivières les eurent *toujours pour confins dans leurs titres.* » (Page 97.)

Il m'a été plus facile de vérifier ce dernier fait que celui de l'établissement primitif des hommes, et j'ai reconnu qu'il est complètement erroné. Ainsi je produirai dans un chapitre ultérieur une série d'actes, de siècle en siècle, depuis la domination romaine jusqu'à nos jours, où les ruisseaux, loin de servir de limites ou de confins aux héritages privés, en font au contraire expressément partie intégrante; dans lesquels la propriété même

(1) Cité par M. Rives, p. 11.

des eaux est l'objet du contrat, de la possession, de la transmission; où les petites rivières sont désignées nominativement comme appartenant au particulier qui en dispose; je ferai voir que sous le régime féodal, comme aujourd'hui, les riverains ont vendu, partagé, utilisé les eaux courantes qui baignaient leurs terres, absolument de la même manière que ces terres elles-mêmes.

Cette justification répondra pleinement à l'assertion au moins fort hasardée des auteurs précités, que les riverains ont toujours eu les ruisseaux pour confins *dans leurs titres*.

D'un autre côté, les jurisconsultes féodaux, interprètes naturels des actes cités par Ducange, étaient bien éloignés de leur donner le sens admis par M. Rives; ils décidaient, au contraire, que toute concession ayant le fleuve pour confins comprenait le fleuve; Cæpolla pose ainsi la question: *Numquid flumina veniant in concessione feudorum regalium, si fortè concedantur usque ad tale flumen, vel de tali flumine usque ad tale.* (*De servitut.*, *tract.* 2, *cap.* 21, *n.* 13.) Et il décide, avec d'autres jurisconsultes, que la concession comprend le fleuve et même les deux dans le dernier cas: *Quod per illam dictionem et usque, utrumque flumen venit et undè incipit et ubi fluit.*

Enfin pour nous rapprocher davantage du droit naturel, c'est-à-dire des législations anciennes, la citation suivante de Siculus Flaccus, dans son traité *De conditione agrorum*, nous apprend que, d'après les usages des nations soumises à la domination romaine, tantôt les ruisseaux servaient de limites aux champs riverains, tantôt ils étaient compris dans la possession des deux terres contiguës: « *Rivis si fines observabuntur* (*qui* » *non semper singulorum agrorum extremitates ambire pos-* » *sunt, sed per aliquod spatium lateribus quibusdam posses-* » *sionum fines præstare*), *intuendum erit an sit consuetudo* » *ultrò citròque rivorum aliquas partes agrorum possideri ab* » *his qui trans rivum contrarios agros habebunt. Quidam enim* » *rivi ab origine, id est, a capite, donec in mari defluant,* » *fines possessionibus præstant; quidam verò ultrò citròque* » *transmittunt possessores* (1). »

---

(1) Édition de Goësius, *Rei agrariæ auctores*, p. 12. Trad.: «Lorsqu'il

4. M. Proudhon rejette encore l'appropriation primitive des eaux courantes en s'appuyant de la considération suivante : « (Art. 938.) Il est sensible que, tout en exerçant leurs usages sur » les rivières, les premiers hommes n'ont pas eu l'absurde pensée » de les morceler comme le parcellaire de leurs champs... Il est » sensible qu'ils n'ont pas eu l'absurde pensée de rendre les pos- » sesseurs riverains propriétaires et maîtres exclusifs des cours » d'eau, dont l'usage était nécessaire à tous. »

Je ne sais si le lecteur est sensiblement touché de l'absurdité de ce premier cultivateur qui, en s'appropriant le pré traversé par une eau courante, aurait eu la pensée de s'approprier aussi les eaux qui le baignent et le fertilisent. Je ne vois pas clairement non plus ce qu'il y aurait eu d'absurde aux autres hommes à le laisser s'emparer du ruisseau, lorsqu'ils souffraient qu'il s'appropriât la terre.

L'eau est un aliment nécessaire à l'existence de l'homme et des animaux; mais, sous ce rapport, l'eau courante n'a rien qui la distingue de l'eau morte dont l'appropriation primitive n'est point contestée. Il n'existe même en ce point aucune différence entre l'eau et la terre dont les fruits sont une nécessité de même nature. Le premier qui s'est emparé d'un sol fertile s'est-il donc, moins que celui qui s'est approprié l'eau courante,

---

s'agira de reconnaître les limites d'après les ruisseaux (les cours d'eau ne peuvent pas toujours couler aux extrémités des champs, mais seulement, en bordant une possession, lui servir de limite dans un certain espace), il faudra considérer s'il est de coutume dans la localité que les possesseurs riverains aient quelques parties de leurs champs de l'un et de l'autre côté du ruisseau. Quelques ruisseaux servent, en effet, de limites aux possessions, depuis leur source jusqu'à leur embouchure dans la mer; d'autres, au contraire, traversent les propriétés. » On peut, au surplus, consulter sur cette matière les auteurs qui ont écrit sur la science des limites agraires, recueillis dans l'ouvrage précité. L'assertion des jurisconsultes modernes, touchant le débornement des possessions aux rivières et aux ruisseaux, s'y trouve à chaque instant démentie. On peut notamment voir divers plans de colonies donnés par Hyginus (*Tract. de limitibus*, p. 194, 196 et 197) : les possessions particulières sont traversées par des ruisseaux nombreux qui serpentent en tous sens dans le territoire et ne servent de limites nulle part. Je reviendrai sur ce point en parlant du droit romain.

rendu maître exclusif d'une chose dont l'usage était nécessaire à tous?

D'ailleurs, qui jamais a prétendu pouvoir interdire aux autres hommes le droit de se désaltérer dans un ruisseau, ou d'y faire boire leurs troupeaux? C'est un devoir humain, et, à cet égard, une obligation de droit naturel, de laisser prendre à tous ceux qui en ont besoin un élément d'existence et de vie que la nature a produit en si grande abondance. C'est en ce sens, mais en ce sens seulement, qu'il est vrai de dire que l'eau appartient à tous, que la nature l'a départie à tous, et que nul ne peut se l'approprier exclusivement (1).

La propriété d'un ruisseau n'a rien qui soit exclusif de cet usage commun, et, par conséquent, la considération de cet usage ne peut en aucune façon influer sur l'existence du droit, ni la repousser.

5. M. Proudhon d'ailleurs ne s'explique pas sur ces usages nécessaires à tous et dont il eût été absurde, suivant lui, d'approprier un seul, car sur ce point, comme sur tous les autres, le caractère des principes naturels est le vague et l'indéterminé. Or la considération déchoit singulièrement d'importance en la réduisant à ce qu'elle a de positif. « Les cours d'eau, dit M. le » professeur Foucard (2), sont destinés *par la nature* à ferti- » liser la terre et à multiplier les forces de l'homme en lui four- » nissant un moteur pour les usines et un moyen de transport » pour les produits de l'agriculture et de l'industrie. Afin que » cette destination puisse être remplie, il faut soustraire les cours » d'eau à une appropriation qui, en attribuant sur eux un droit » exclusif et absolu aux particuliers, priverait la société tout » entière des avantages auxquels elle a des droits incon- » testables. »

Écartons la navigation, qui doit demeurer étrangère à notre su-

(1) V., à cet égard, les observations pleines de justesse de M. Troplong, *De la prescription*, n° 144.

(2) *Revue de législation*, tom. 4, p. 195.

jet : restent les usines (1). Ainsi ces *usages nécessaires à tous*, dont parle M. Proudhon, et *ces avantages qui sont un droit de la société*, qui touchent M. Foucard, c'est l'emploi de l'eau comme force motrice, et rien autre chose.

On ne voit pas comment cet usage appartient à la société et est nécessaire à tous plus que toute autre jouissance. C'est en effet un usage absolument particulier que celui d'une chute d'eau pour faire marcher une machine. Qu'a donc le moulin qui moud le grain, de plus généralement utile que le champ qui le produit? Le moulin profite d'abord au meunier, le champ au laboureur. Sans doute la société gagne à l'établissement du moulin le bon marché de la farine ; mais, à la production des champs, elle gagne le bon marché des grains. C'est, en définitive, le même résultat.

Ainsi les deux usages de l'eau courante ont absolument le même effet et le même caractère ; l'un n'est pas plus général que l'autre. La société est intéressée à l'un et à l'autre ; ce sont également deux usages particuliers qui s'accommodent fort bien de la propriété de l'eau ; le meunier la réclame dans son bief, le cultivateur le long de son champ ; on peut la leur reconnaître simultanément, sauf à en régler l'emploi. Est-ce donc une raison de la refuser à tous les deux ?

Je sais bien qu'il existe des considérations d'intérêt, non pour la société, mais pour l'administration des ponts et chaussées qui disposerait bien plus à l'aise et plus despotiquement encore des bénéfices de l'eau courante si on en reconnaissait la propriété à l'État. Mais prétendra-t-on que ces considérations aient exercé quelque influence sur les hommes contemporains des origines de la propriété foncière ? Je ne le pense pas ; je crois donc pouvoir les rejeter de l'examen du droit naturel.

6. Ainsi, lorsque M. Proudhon a supposé des usages *néces-*

(1) Je ne parle pas du droit de pêche, parce que ce droit, ainsi que celui de la chasse, n'a été compris dans la propriété du fonds que dans le système moderne, et encore d'une manière fort douteuse ; en sorte que ces deux droits n'ont rien qui soit nécessairement exclusif ou attributif de la propriété privée.

saires à tous sur les eaux courantes, dans les temps primitifs, il ne s'est pas rendu compte de ces usages qu'il présentait comme un obstacle à l'appropriation. Si ce jurisconsulte estimable fût sorti du vague et des généralités de sa thèse, il se fût aperçu que leur considération même conduisait à des conclusions contraires. Les historiens, en effet, ne reportent l'invention des moulins à eau qu'au siècle d'Auguste (1); ce n'est donc qu'à cette époque que les eaux courantes ont pu servir à d'autres emplois que l'irrigation. Jusque-là donc, le riverain a seul eu besoin du ruisseau qui bordait ou traversait son champ; nul n'avait intérêt à lui en disputer la jouissance; ces prétendus usages nécessaires à tous n'existaient point et ne pouvaient mettre obstacle à son appropriation; il a donc possédé paisiblement et sans querelle un bien qui ne pouvait être utile qu'à lui, ne servir qu'à son champ, n'être employé qu'à le fertiliser, et qui, par conséquent, a dû, dans la pensée de tous, être un accessoire et un élément naturel de la terre arrosée.

Loin de nous présenter la propriété des eaux courantes comme une prétention nouvelle, usurpatrice, et originairement absurde, l'histoire nous la montre donc au contraire comme le plus facile à s'établir de tous les droits exclusifs, par le défaut d'intérêts rivaux, le plus juste, puisqu'il ne pouvait nuire à personne, et celui que la société était le moins intéressée à combattre. En réalité, le riverain d'un ruisseau en a été seul et paisible possesseur depuis l'origine des possessions privées jusqu'au jour, voisin de nous, où l'usinier est venu lui en disputer la jouissance et réclamer une part d'un bien dont jusqu'alors les hommes avaient ignoré la double utilité.

7. On ne pouvait guère explorer la théorie du droit naturel, même à l'égard des eaux courantes, sans rencontrer Grotius; ce jurisconsulte célèbre, quoique de beaucoup antérieur à l'école du XVIIIe siècle, en a singulièrement favorisé le succès, par la critique à laquelle il a prétendu livrer les principes du droit, en

---

(1) Voy., à cet égard, un intéressant travail de M. Nadault de Buffon, *Des usines et des cours d'eau*, p. 12.

faisant abstraction des lois positives. Ses écrits sont d'ailleurs une source où l'on peut puiser des arguments pour toutes les opinions, et véritablement on a lieu d'être étonné que M. Rives, qui n'a pas manqué d'en citer un long passage (p. 20 et suiv.), n'ait rencontré que des assertions absolument contraires à la thèse qu'il soutient.

Grotius, dans cette citation, commence par déclarer « qu'un » grand nombre de décisions des anciens jurisconsultes et plusieurs » traités anciens et modernes » ont parlé des îles et accroissements dans les rivières et les attribuent aux riverains ; puis il ajoute que ce qu'ils ont dit à cet égard n'est guère fondé que *sur les usages de quelques nations*, et *même sur les lois civiles*, mais non sur le droit naturel, comme ces auteurs semblent le croire : « En effet, » si l'on considère ce qui arrive ordinairement, les peuples en » corps se sont emparés de toute l'étendue d'un pays, et pour la » juridiction et pour la propriété, avant que l'on assignât des » terres à chaque particulier. Selon Sénèque, on appelle le pays » des Athéniens ou des Campaniens toute l'étendue des terres » qui appartiennent à ces peuples, quoique chaque particulier y ait » ensuite sa portion distinguée de celle des autres par certaines » bornes. Il n'y a rien, dit Cicéron, qui appartienne naturelle» ment à telle ou telle personne plutôt qu'à toute autre ; mais le » droit de propriété qu'on a sur certaines choses vient ou de ce » qu'on s'en est emparé le premier, comme firent ceux qui s'éta» blirent au commencement dans les lieux inhabités, ou des con» quêtes, ou des lois, des conventions, des conditions que les » particuliers font ensemble, ou de la décision du sort. C'est sur » quelqu'un de ces fondements que le territoire d'Arpine et ce» lui de Tusculum appartiennent à ces deux villes. Il faut dire la » même chose des biens que chaque particulier possède. Dion » de Pruse remarque qu'il y a bien des choses que l'État regarde » comme siennes, en général, quoiqu'elles aient été assignées » à tel ou tel particulier. Les anciens Germains, au rapport de » Tacite, s'emparaient en commun, par villages, d'autant de » terres qu'ils en pouvaient cultiver ; ensuite ils les partageaient » selon la condition de chacun. »

Ce passage n'a qu'un trait fort indirect à la propriété des eaux courantes ; les assertions des historiens et des philosophes cités

par Grotius se résument exactement dans la règle de Loysel : « Tous biens sont communs et n'y a moyen que de les avoir ; » car toutfut à autrui et à autrui sera (1) ; » axiome qui n'a rien de particulier aux rivières et rien de contraire aux doctrines des jurisconsultes, examinées par Grotius. Mais ce qui suit est beaucoup plus précis : « Ainsi tout ce dont un peuple s'est em- » paré au commencement, et qui n'a point été ensuite partagé, » est censé appartenir en propre à ce peuple. *Et comme une île* » *née dans une rivière qui appartient à quelque particulier est* » *à ce particulier*, aussi bien que le lit de la rivière lorsqu'elle » vient à changer de cours, de même, dans une rivière apparte- » nant au public, l'île et le lit sont au peuple ou *à celui à qui* » *le peuple a donné de telles choses*. Il en est de même des *bords* » de la rivière, qui sont la partie extérieure du lit, c'est-à-dire » de l'espace dans lequel la rivière a son cours naturellement. » *L'usage commun est aujourd'hui conforme* à ce que je viens » de faire observer. »

Ainsi, Grotius enseigne que « l'île née dans une rivière qui » appartient à quelque particulier est à ce particulier. » Il existe donc des rivières qui appartiennent aux particuliers, même selon le droit naturel, et même selon le droit civil, car le jurisconsulte ajoute immédiatement que « l'usage commun est conforme » à ce qu'il vient de dire. »

8. Le droit naturel a pris place dans la discussion sous un autre rapport : on a pensé que la nature physique de l'eau résiste à l'application du droit de propriété. M. Proudhon exprime de deux manières cette idée, que beaucoup d'autres ont reproduite, en disant d'abord « que la mobilité de l'eau ne per- » met pas de placer dans le domaine de propriété exclusive un » courant d'eau qui s'échappe invinciblement de la mainmise ; » ensuite, que, « dans l'ordre naturel des choses, telle est la puis- » sance d'une rivière, qu'indomptable par aucune force humaine, » elle se place d'elle-même hors de la sphère du domaine de » propriété et ne peut être soumise qu'au domaine public. »

Ces considérations me paraissent peu décisives. N'est-il pas

(1) Liv. 2, tit. 2, règl. 2 et 3.

possible, en effet, que, depuis l'entrée du ruisseau dans mon domaine jusqu'à sa sortie, je possède seul, à l'exclusion de tout autre, le droit de l'employer à tous les usages dont l'eau est susceptible; que seul j'en puisse user pour l'irrigation de mes prés, de mes terres, l'embellissement de mes jardins, le mouvement de mes usines? que ce droit exclusif et personnel, je ne le doive à personne; qu'il m'appartienne comme celui de jouir de mes prés et de mon moulin? Qu'est-ce donc que ce droit, si ce n'est la propriété?

Qu'importe que « le courant d'eau échappe invinciblement à » la mainmise de l'homme, » ou que « la puissance d'une rivière » soit indomptable par aucune force humaine? » Quelle est donc la force naturelle que la force humaine puisse emprisonner ou dompter? La vapeur n'est-elle donc pas indomptable? n'échappe-t-elle pas invinciblement à toute mainmise? Elle est pourtant frappée de propriété, et les ingénieurs jurisconsultes n'ont pas encore eu la pensée, ou du moins la prétention, de la ranger parmi les choses qui n'appartiennent à personne, pour en attribuer le monopole à une administration quelconque.

La propriété n'est que le droit exclusif et propre de tirer d'une chose toute l'utilité dont elle est susceptible; c'est pourquoi l'exercice en est variable et suit la nature et l'utilité de la chose.

On jouit diversement d'une terre labourable, d'un pré, d'une vigne, d'un bois, d'un marais, d'un étang, d'une carrière, d'un terrain fertile et d'un sol improductif, d'un meuble et d'un immeuble, d'un objet fongible et d'un objet qui ne l'est pas. Chaque chose a son utilité propre, son usage particulier; par conséquent, la propriété de chaque chose varie dans son exercice, mais elle est toujours la même dans ses principes essentiels : la jouissance et l'exclusion.

C'est assurément par irréflexion que les jurisconsultes ont vu dans la force et dans la mobilité de l'eau courante un obstacle à la propriété. C'est précisément par ces deux qualités qu'elle peut constituer une jouissance et qu'elle devient un élément de droit exclusif. C'est parce qu'elle est une force, qu'elle est utile pour les usines; c'est parce qu'elle est mobile, qu'elle est propre aux arrosements. Supprimez ces deux qualités physiques, et l'eau

n'est plus pour l'homme qu'un objet indifférent à tout autre égard que comme aliment.

9. Sans doute l'eau mobile échappe à l'homme, mais pendant tout le temps qu'il en use il la possède, et quand elle lui échappe, c'est qu'elle a rempli son usage et cesse de pouvoir être utile.

Quelle est donc la chose, autre que la terre, qui n'échappe pas à l'homme tôt ou tard? combien d'objets frappés du droit incontestable de propriété, dont il ne peut faire usage qu'une fois? C'est la condition essentielle de toute chose mobilière; la langue répond à cette vérité en faisant du mot *user* le synonyme de *détruire*. Je suis assurément propriétaire de mon pain, de mon vin, et pourtant je ne puis en faire usage sans les anéantir; de mon cheval, ou de mon bœuf, ou de mes brebis, et cependant ils sont mortels; de ma carrière, et je ne puis en user qu'un temps ; une fois épuisée, elle l'est à jamais. Il n'en est pas autrement de l'eau courante; je ne puis m'en servir qu'une fois, qu'un jour, qu'une heure, si l'on veut, mais enfin je puis m'en servir, et, pendant tout le temps que je l'emploierai, cette jouissance peut être exclusive et reposer sur un droit qui m'est propre (1).

Au surplus, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, en cette matière, les doctrines de nos adversaires sont contradictoires. Ils reconnaissent, en effet, l'eau courante susceptible de propriété privée dans une foule de cas.

Ainsi l'eau qui prend naissance sur mon fonds m'appartient incontestablement; cependant elle est mobile.

L'eau qui coule dans un canal fait de main d'homme est la propriété du maître du canal ; cependant elle lui échappe invinciblement.

L'eau torrentielle que grossissent les orages et qui se précipite à travers les rochers est susceptible de propriété privée, malgré sa force indomptable.

---

(1) Si l'on compare l'usage de l'eau à celui de toutes les choses mobiles, on reconnaît que le premier ne diffère de l'autre qu'en ce que la chose employée lui survit, tandis que le plus souvent celui-ci la détruit. C'est précisément cette survivance de l'eau à l'usage qui embarrasse les législes,



L'eau pluviale appartient de la manière la plus absolue au propriétaire du champ qui la reçoit et pourtant c'est pour l'usage de tous qu'elle est tombée du ciel.

Enfin, l'eau courante ne répugne à l'appropriation que lorsque son cours ne tarit jamais; en sorte que le ruisseau qui coule onze mois s'accommode très bien à la propriété particulière, mais s'il en coule douze, sa nature résiste au droit de propriété !

L'existence de ces assertions n'a pas besoin d'être justifiée par des citations; elles ne sont contestées par personne; on les trouve partout et professées par ceux-là mêmes qui enseignent en même temps que la force et la mobilité des eaux courantes sont un obstacle naturel et irrésistible à ce que la propriété s'y attache. De pareilles doctrines ont-elles besoin d'être réfutées autrement que par elles-mêmes? Je ne le pense pas.

10. Si pour déterminer le droit de propriété l'on consulte la nature des choses, elles se distinguent nécessairement en deux classes : celles qui sont susceptibles de propriété et celles qui ne le sont pas (1).

Les premières sont, par exemple, l'air, la lumière, la mer.

Ces choses ne sont à personne parce que nul n'a besoin de se les approprier ; il y a de l'air et de la lumière suffisamment et au delà pour tous les habitants de la terre.

Néanmoins, dans certaines conditions, ces éléments naturels peuvent être frappés de propriété, c'est-à-dire de jouissance exclusive. Je jouis seul de l'air qui pénètre ma poitrine et même de celui qui remplit ma maison ou fait tourner mon moulin (2). Dans les chemins de fer atmosphériques, l'air comprimé sera la chose de l'entreprise, comme l'appareil qui le contiendra. Il en est de même de la lumière factice, et même de celle du soleil dans ses

(1) Dans ce qui va suivre je ne cite pas d'autorités, parce que dans l'examen des vérités naturelles il n'y en a point; je ne suis pas non plus la division de Justinien, parce que je ferai voir, en parlant de la législation romaine, qu'elle est incompatible avec nos institutions et le système de propriété qui leur appartient.

(2) Voy., sur la servitude de vent, la loi 14, C. *De servitutibus*.

usages particuliers. La chaleur bienfaisante de cet astre peut être utilisée d'une manière exclusive et privée, et Diogène, en disant au conquérant : « Ote-toi de *mon* soleil, » exprimait une idée juste par un mot propre et significatif d'un droit acquis.

Ainsi, qu'on y prenne bien garde, si l'air et la lumière échappent à l'appropriation, c'est en tant seulement que pour leur jouissance l'appropriation est inutile ; il en serait de même de toutes autres choses ; si, pour en user, il n'était pas besoin d'une possession particulière, la propriété privée ne viendrait pas les affecter. Nul ne songerait à s'emparer d'une portion du sol si, pour en tirer les fruits de la culture, une possession exclusive, paisible et durable n'était pas une condition absolument nécessaire. Les peuples errants et pasteurs ne connaissent pas la propriété foncière ; les pâturages naturels des régions qu'ils parcourent sont à leurs yeux *res nullius*, à moins que leur nation n'ait cru devoir en interdire l'usage aux nations voisines.

Les choses ne sont donc pas *res nullius* par une raison nécessaire de leur nature, mais par le défaut de leur appropriation, ou par le caractère des usages auxquels elles sont ou peuvent être employées.

Il est évident que les eaux courantes ne peuvent pas être *res nullius* ; là n'est pas et ne peut pas être la question du procès. Elles sont depuis longtemps appropriées ; loin qu'on songe à soutenir que les eaux courantes n'appartiennent à personne, on prétend qu'elles appartiennent au domaine public ; il y aurait quelque chose de trop choquant et de trop grossièrement contradictoire à poser en principe qu'elles ne sont pas susceptibles de propriété, pour en conclure qu'elles sont la propriété de l'État.

11. Aussi les esprits logiciens, dans ce dernier système, cherchent seulement à établir cette thèse : que les eaux courantes ne sont pas la propriété des riverains ou des usiniers, mais bien une partie et un élément du domaine public.

Dans les choses susceptibles de propriété, il en est, en effet, de deux espèces : les unes qui ne peuvent appartenir qu'au public, les autres qui peuvent appartenir aux particuliers.

L'État possède des choses de l'une et de l'autre espèce.

Il en est qui lui appartiennent comme représentant du public,

c'est-à-dire de tous et de chacun des membres de la nation ; à l'égard de ces choses, c'est le public qui jouit et est véritablement propriétaire; l'État n'en a que l'administration et la surveillance.

Il y en a d'autres que l'État possède comme un particulier ; sur lesquelles il exerce de véritables droits privés, comme personne morale distincte de toutes les autres personnes morales ou réelles, mais ayant des droits de même nature ou du moins dérivant d'un principe semblable.

Dans ce dernier rapport, les possessions de l'État ne sont pas des choses publiques; le droit de l'État n'est pas un droit différent de la propriété privée, et les choses qui sont ainsi possédées par l'État sont toutes nécessairement susceptibles de tomber sous la propriété des particuliers.

En prétendant que les petites rivières, non moins que les rivières navigables, doivent être rangées dans la classe des choses publiques, les jurisconsultes ont perdu de vue les véritables causes qui font des grandes rivières un élément du domaine public.

Qu'y a-t-il donc de public dans les conditions légales des rivières navigables ?

Est-ce le droit de pêche ? Non, ce droit est absolument privé pour l'État ; l'administration l'afferme comme un bien particulier, elle en jouit exclusivement comme un propriétaire en use dans son vivier ; des règlements sévères en interdisent l'exercice à tout autre qu'au fermier. Sous ce rapport, les grandes rivières n'ont rien de public.

Est-ce le droit de prise d'eau ? Non, toute prise d'eau sur une rivière du domaine public est absolument interdite aux riverains (art. 644 C. c.). Pour en jouir il faut une concession expresse, et l'administration en fait commerce ; le droit se donne, se vend, se retire absolument comme tout ce qui appartient à l'État à titre privé. Sous le rapport de l'irrigation, les grandes rivières n'ont donc encore rien de public.

Est-ce le droit de prendre les vases, les herbes, le sable, les pierres que contiennent les rivières ? Non encore, ce droit n'appartient à personne qu'à l'État qui en dispose comme un

particulier. A cet égard les rivières publiques ne sont encore aux mains de l'État qu'une possession privée.

Est-ce la faculté d'établir des usines, moulins, machines quelconques ? Non, l'administration seule peut autoriser de pareils établissements, et nul n'a plus de droit à la force motrice des rivières publiques qu'à la machine à vapeur de son voisin.

Dans toutes ces espèces, le particulier qui exploite une jouissance le fait en vertu de l'autorisation qui lui est donnée; ce n'est pas son droit qu'il exerce, c'est celui de l'État, qui lui est concédé, affermé ou vendu. En un mot, il ne tient rien de son caractère de citoyen et de sa qualité de public.

Que reste-t-il donc des usages possibles d'une grande rivière? la navigation. Là, mais là seulement, l'usage est public.

Ainsi les rivières navigables n'ont d'usage public et ne sont par conséquent véritablement publiques que sous le rapport de la navigation. Sous tout autre elles ne le sont pas : l'État ne les possède qu'à titre privé; quant au public, il ne les possède pas du tout, pas plus qu'il ne possède les forêts, les lais et relais de la mer, les biens domaniaux et tous les autres de même nature, qui ne sont pour l'État qu'une propriété.

12. De là deux conséquences : la première, que les petites rivières, sous tous leurs rapports, sont susceptibles de propriété privée; la seconde, que, même aux mains de l'État, elles ne sauraient être un objet de domaine public.

Qu'elles soient susceptibles de propriété privée, c'est ce qui ne saurait être douteux, puisque les grandes rivières elles-mêmes, en tout ce qui n'est pas navigation, n'ont rien de public, et par conséquent ne sont pour l'État qu'une propriété privée.

Qu'elles ne puissent pas avoir un autre caractère, c'est encore ce qui est incontestable.

En effet, dans la navigation, ce qui est public n'est pas le fait, c'est le droit; ce n'est pas la navigation elle-même, c'est la faculté de naviguer; celui qui parcourt un fleuve agit individuellement et fait du fleuve un usage qui lui est personnel et par conséquent privé; ce qui est public, c'est le droit en vertu duquel il agit ; ce droit est public parce qu'il appartient à tout le monde; chacun

est libre de naviguer, l'administration ne peut l'interdire à personne. Les règlements de l'autorité ne sont ni une concession, ni une restriction, ni une modification quelconque du droit de naviguer; ils ne font qu'en régir l'exercice et déterminer un mode à l'usage de chacun, non dans l'intérêt de l'administration, mais dans celui de tous ceux qui naviguent.

Les rivières sont publiques comme les chemins et en tant que chemins; c'est le droit de passer qui est public et non le passage qui en est l'exercice et un fait privé. Le voyageur ne tient pas son droit de l'administration des ponts et chaussées, ni d'une permission quelconque, particulière ou générale; il le tient de nos institutions mêmes et des conditions de notre état social.

Remarquons que les chemins et les grandes rivières sont publics parce que leur usage peut l'être; que tout le monde peut passer sur un chemin, sur une rivière, sans épuiser le chemin, la rivière, le passage ou la navigation. L'autorité n'intervient que pour empêcher l'encombrement, les obstacles, et assurer d'autant mieux la jouissance de tous et l'exercice du droit de chacun.

Or, ces conditions, qui font des grandes rivières une chose publique, ne se rencontrent pas dans les petites. Il est impossible que le droit d'en jouir appartienne à tout le monde, parce que leur nature résiste à la jouissance de tout le monde, cette jouissance ne peut être que restreinte, limitée, appropriée à un petit nombre. Si le cours d'eau n'est propre qu'aux irrigations, le droit d'arroser ne peut être exercé que par ceux qui possèdent des terres arrosables. S'il peut servir aux usines, l'usage est limité par la puissance hydraulique à un nombre déterminé de machines. Il est donc impossible que les petites rivières soient publiques, parce qu'il est impossible que le droit de s'en servir appartienne à tout le monde, étant absurde de l'attribuer à celui qui ne peut pas en faire usage.

Qu'on suppose aux mains de l'État la propriété des petites rivières, comment pourra-t-il en user? Comme du droit de pêche, du droit d'irrigation, du droit d'usine, qui lui appartiennent sur les grandes, et pas autrement; c'est-à-dire comme un particulier, comme un propriétaire, et dans les conditions qui caractérisent la propriété privée. Ce sera le domaine qui jouira, mais

non le public ; il sera même impossible à l'administration de faire de sa possession un objet commun ; la nature des choses ne lui permettra que des concessions particulières, des jouissances individuelles, des attributions parcellaires et morcelant le cours d'eau.

En quoi diffère donc cette hypothèse de celle où le droit est laissé aux particuliers eux-mêmes ? En rien, quant à la nature du droit ; aux mains de l'État, comme dans celles des riverains et usiniers, ce droit, c'est la propriété, dans ce qu'elle a de privatif et d'exclusif de toute faculté publique et générale (1).

Il n'est donc pas vrai que la nature des eaux courantes résiste à l'appropriation privée ; au contraire, c'est la possession publique à laquelle ces eaux résistent et qu'il est impossible de leur appliquer.

13. Est-ce à dire que la propriété d'un ruisseau sera en tous points et absolument la même que celle du champ riverain ? Oui, relativement au principe et au droit en lui-même ; non, sous le rapport de son exercice et de sa jouissance.

J'ai déjà fait observer que la nature des choses possédées modifie l'usage, sans modifier le droit ; l'usage trouve une cause d'altération bien plus efficace encore dans la coexistence de droits semblables ou analogues. La jouissance des choses communes n'est pas la même que celle des choses absolument privées ; on ne jouit pas d'une terre ouverte comme d'une terre close, ni d'une hérédité indivise comme d'un lot échu. La propriété, comme la liberté, a ses limites et ses conditions déterminées par le droit d'autrui et par le plus grand bien de la société.

Le pouvoir règlementaire doit nécessairement intervenir dans l'exercice de tous les droits sociaux ; lui seul peut empêcher les intérêts opposés de se briser dans leur contact perpétuel ; sans la

(1) Remarquez que si l'État a été rendu propriétaire à titre privé ou public des droits de pêche, d'irrigation et d'usine sur les grandes rivières, c'est uniquement pour la conservation du droit public de navigation ; mais sur les petites rivières il n'y a rien qui puisse être public, et qui par conséquent exige l'appropriation de l'État d'aucun élément de ces rivières.



loi pénale et les répressions énergiques qu'elle apporte à la liberté, la liberté périrait; le faible serait bientôt l'esclave du fort ou sa victime; la propriété, surtout, disparaîtrait promptement, si, indépendamment des lois qui font respecter le droit en lui-même, il n'en existait pas d'autres qui en règlent l'exercice et déterminent la jouissance de chacun dans ses rapports avec la jouissance des autres.

Je suis propriétaire de l'eau qui traverse mon héritage, mais mon voisin doit l'être à son tour de cette même eau qui baigne ses prés à la sortie des miens; il est évident que si j'en absorbe la totalité, ou, si je la détourne de manière à ce qu'elle prenne un cours différent, mon voisin ne peut plus exercer son droit, ou plutôt qu'en présence de ma jouissance illimitée, son droit s'évanouit.

Ces modifications de la jouissance des eaux courantes n'ont rien de particulier : tout usage est assujéti à des conditions de même nature, et peut-être n'est-il pas un seul emploi de la terre qui ne rencontre quelque limite imposée dans l'intérêt d'un autre propriétaire. Le Code civil contient un long chapitre des servitudes légales, et le plus grand nombre de celles que les lois consacrent s'y trouve à peine nommé. Plus les possessions se rapprochent du voisinage, de l'indivision et de la communauté, plus les conditions de la jouissance sont restreintes; la police rurale interdit jusqu'à la disposition de certaines cultures : les vignes non closes ne peuvent être vendangées qu'au jour déterminé par l'autorité; les prés communs ne peuvent être pacagés qu'après une époque fixée ; il en est de même de tout ce qui doit servir à plusieurs : la jouissance de tous est modifiée par le droit de chacun.

Ces restrictions, quelque graves qu'elles soient, n'altèrent pas le droit en lui-même qui ne cesse pas pour cela d'exister plein et entier. Ce ne serait pas comprendre la propriété que d'en borner la définition à la faculté d'user et d'abuser ; ses limites et ses conditions font aussi partie de son essence. La propriété n'est et ne peut être que « le droit de jouir et disposer » des choses de la manière la plus absolue, *pourvu qu'on n'en » fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règle- » ments.* » (Art. 544 C. civ.) Cette définition est la même que

celle de la liberté. « La liberté, disait l'assemblée constituante (1), » consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi » l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes » que celles qui assurent aux autres membres de la société » la jouissance des mêmes droits ; ces bornes ne peuvent être » déterminées que par la loi. » C'est qu'en effet la propriété n'est qu'un mode de la liberté, et que l'homme ne saurait être véritablement libre là où la propriété n'existe pas dans les conditions qui lui sont propres.

Ces conditions sont encore les mêmes que celles de la liberté: « La loi, disait ensuite l'assemblée constituante, ne doit défendre » que les actions nuisibles à la société ; tout ce qui n'est pas » défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être » contraint à faire ce qu'elle n'ordonne point. » Est-ce à la liberté ou à la propriété que ces paroles du législateur doivent s'appliquer ? Assurément c'est à l'une et à l'autre. La propriété consiste à faire librement de sa chose tout ce qui n'est pas défendu. Toutes les fois qu'une chose est possédée dans cette condition, le droit qui l'affecte est la propriété.

La jouissance d'une eau courante n'a donc rien qui répugne à l'établissement de la propriété, même en présence des servitudes imposées à cette jouissance dans l'intérêt de ceux qui doivent en exercer une semblable. L'eau courante est une chose indivise ou commune entre tous ceux qui ont le droit de l'employer à leur usage. L'exercice du droit de chacun est déterminé et limité par les besoins du droit des autres. Ces bornes sont établies par l'autorité, mais leur existence n'affecte en rien le droit de propriété. Il n'en est pas moins vrai que le possesseur du ruisseau ne peut pas être empêché de faire ce qui n'est pas compris dans la défense, ni contraint à faire ce qui n'a pas été ordonné ; c'est la liberté, c'est la propriété.

14. Il est si vrai que les limites nécessaires de l'usage des eaux courantes ne dérivent que du droit des autres riverains,

---

(1) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 5.

que si l'on suppose dans une seule main la propriété de toutes les terres parcourues par un ruisseau, ces conditions restrictives disparaissent. Est-il douteux que, dans cette hypothèse, le propriétaire ne puisse user et abuser de l'eau courante de la manière la plus absolue ? Ne sera-t-il pas libre d'en détourner le cours, de l'absorber, de le convertir suivant son caprice et de le rendre à la mer, par où, comment et quand il voudra? N'est-il pas certain que l'autorité civile n'aura rien à lui prescrire, rien à lui défendre, et que sa volonté n'aura d'entrave que dans les lois physiques qui régissent impérieusement le cours et l'emploi des eaux ? Cette faculté est expressément écrite dans le Code civil pour une espèce bien moins favorable : « Celui » qui a une source dans son fonds, porte l'art. 641, peut en user » à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds infé- » rieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription. »

Ainsi, ni la nature mobile et fugitive de l'eau courante, ni sa destination dans la création des biens terrestres, ni la nécessité physique de son écoulement, ni, en un mot, toutes les considérations prétendues de la nature particulière des rivières ou des ruisseaux, qui toutes, sans exception, se rencontrent ou peuvent se rencontrer dans l'hypothèse de l'art. 641, ne sont, aux yeux du législateur, un obstacle à l'existence du droit absolu d'user et d'abuser; la propriété dans la plénitude de son exercice ne reçoit de bornes que le droit du propriétaire inférieur ; elle n'en a point dans l'absence de ce droit. Ces bornes dérivent donc du droit et non de la nature des choses, de la loi écrite et non de la loi naturelle (1).

Ces observations ne sont pas faites ici pour constater le système du Code civil, mais uniquement pour démontrer que, dans la nature des eaux courantes, rien ne répugne à l'appropriation

---

(1) Remarquez, en outre, comment s'acquiert et s'établit ce droit du propriétaire inférieur : c'est par titre ou par prescription, c'est-à-dire par les voies constitutives de l'appropriation purement civile. Ce sera donc la propriété que ce droit acquis à l'héritage traversé par les eaux de la source née sur le fonds voisin. Ainsi la loi même qualifie le droit du riverain d'une eau courante dont la source n'est pas dans son fonds.

privée, puisque ce principe est admis même par la loi qui nous régit. Cette considération détruit assurément de la manière la plus radicale toutes les argumentations déduites du droit naturel, que les partisans de la propriété de l'État répètent avec tant d'insistance, pour faire de l'eau courante une chose résistant au droit de propriété, ou une chose publique. Rien ne démontre plus irrésistiblement la possibilité d'un droit que son existence; c'est pourquoi j'insisterai à mon tour sur cette preuve incontestable de la possibilité du droit de propriété des eaux courantes, et, de même que je viens de le montrer dans le Code civil pour une hypothèse particulière, je le montrerai pour toutes les rivières non navigables, dans la législation de tous les peuples et de tous les temps.

15. Terminons ce chapitre en faisant observer que si les jurisconsultes ne peuvent indiquer dans l'utilité des petites rivières un usage public qui doive les ranger dans le domaine public, ils ne peuvent pas davantage qualifier le droit des particuliers à la jouissance de ces mêmes rivières sans retomber dans les éléments ou la supposition du droit de propriété privée.

En effet, ces mêmes auteurs, qui contestent l'existence possible du droit de propriété sur les eaux courantes, reconnaissent immédiatement aux riverains des petites rivières un droit que les uns qualifient de servitude, d'autres d'usage, d'autres d'usufruit, enfin M. Proudhon de droit *perpétuel* d'usufruit ou de superficie (n° 937).

Or, l'existence de ces droits reconnus par tous suppose nécessairement celle de la propriété ou du moins sa possibilité; la servitude, l'usage, l'usufruit, sont essentiellement des démembrements de la propriété; si ce droit est impossible, les premiers le sont également, car ce qui n'est pas ne saurait se démembrer ni exister en partie.

Il est fort difficile de comprendre comment une chose qui, de sa nature, se prête à la jouissance et par conséquent à la possession (car on ne peut jouir sans posséder) à titre de servitude ou d'usufruit, résiste à cette même jouissance ou possession à titre de propriété.

Je crois que M. Proudhon se perdait encore dans le vague et

l'indéterminé lorsqu'il qualifiait le droit des riverains d'usufruit ou de superficie; comment admettre un droit de jouir d'une chose *comme le propriétaire* lui-même (art. 578 C. C.), lorsque cette chose ne peut pas avoir de propriétaire ?

Ce savant professeur oubliait encore ses doctrines lorsqu'il parlait d'un usufruit perpétuel qui n'est pas la propriété; cette association d'idées est absolument contraire aux notions du droit.

Enfin, sa théorie déduite de la nature des choses n'est pas moins contredite par l'attribution qu'il fait des eaux courantes au *domaine de l'État.* Si le domaine peut être propriétaire, pourquoi les particuliers ne peuvent-ils pas l'être? L'eau courante a-t-elle donc deux natures, l'une qui résiste à l'appropriation privée, l'autre qui se prête à l'appropriation de l'État?

16. Concluons : les théories du droit naturel, soit sous le rapport philosophique, soit sous le rapport physique, n'ont rien de sérieux dans la question des eaux courantes; rien surtout qui résiste à l'existence d'une appropriation réelle, possédant tous les caractères du droit de propriété. Loin de là, sous le premier rapport, l'histoire de l'industrie humaine nous présente les riverains comme seuls et paisibles possesseurs des ruisseaux jusqu'à une époque très avancée de la civilisation romaine; l'intérêt à la discussion et au partage est pour ainsi dire une chose récente et novatrice dans les annales du droit des eaux courantes. Sous le second point de vue, l'usage des petites rivières comporte essentiellement la jouissance et l'exclusion, éléments constitutifs de la propriété, sans lesquels elle n'existe point, mais qui n'existent point sans elle.

L'examen des enseignements du droit naturel a donc pour résultat, non-seulement la possibilité, mais encore la nécessité de l'appropriation privée des petites rivières.

CHAPITRE II.

DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

SOMMAIRE.

17. Influence des législations étrangères sur la question.
18. Exposé des législations étrangères par M. Daviel.
19. Examen particulier de la loi sarde.
20. De la législation lombarde.
21. De la loi prussienne sur les irrigations.

17. Les lois étrangères exercent dans la discussion une double influence. D'abord, en montrant presque partout l'eau courante et les petites rivières appartenant aux particuliers, ces législations font voir que toutes les déductions empruntées au droit naturel, pour établir l'impossibilité du droit de propriété, sont purement chimériques et ne méritent aucun égard. Ensuite, elles sont considérables à cause de la communauté d'origine existant entre nos institutions et celles des diverses nations qui nous avoisinent et qui comme nous ont subi l'empire de la féodalité. En Allemagne et en Angleterre, les révolutions n'ont point rompu la chaine qui rattache les principes du droit actuel au droit féodal ; ce sont encore les règles de ce régime qui constituent celles des eaux courantes, et cependant les particuliers ont la propriété de ces biens. Les jurisconsultes qui ont cru voir un droit public dans la possession des seigneurs, à l'égard des petites rivières, se sont mépris : puisque nulle part les droits seigneuriaux n'ont engendré l'appropriation du domaine, pourquoi en serait-il autrement en France? serait-il donc permis de supposer que l'abolition du régime féodal a

plus nui à la propriété privée que son maintien ; que là où ce régime s'est conservé puissant et entier les riverains peuvent être et sont propriétaires des eaux courantes, mais qu'ils ne le sont pas et ne doivent pas l'être là où une révolution opérée dans leur intérêt a brisé la domination seigneuriale ?

18. Cette observation ne pouvait échapper au savant auteur du meilleur traité des cours d'eau que nous possédions ; M. Daviel, en examinant la question qui fait l'objet de cette dissertation (1), a résumé toutes les législations étrangères, et le tableau qu'il en a fait ne saurait être analysé ou modifié sans perdre de son mérite : je dois à son obligeance l'autorisation de le reproduire :

« Si l'ordre naturel ou l'ordre social répugnaient à l'idée de droits de propriété privée sur les cours d'eau qui ne sont pas consacrés au service public, comment verrait-on ces droits admis par la plupart des législations? Comment la loi aurait-elle ainsi, presque partout, méconnu la nature des choses ou les intérêts généraux de la société?

» En Angleterre, « les rivières d'eau douce quelconques appartiennent de droit commun aux propriétaires du sol adjacent. Les propriétaires d'une rive ont, de droit commun, la propriété du sol de ce côté, et, par conséquent, le droit de pêche *usque ad filum aquæ*. De même, les propriétaires de l'autre rive ont le droit inhérent au sol, c'est-à-dire la propriété et la pêche *usque ad filum aquæ*; et, si le terrain des deux rives appartient à la même personne, cette personne est présumée propriétaire unique de toute la rivière, et, par conséquent, du droit de la pêche, sur toute la longueur du terrain lui appartenant qui borde la rivière. Cela est d'accord avec l'expérience générale (2). »

» Robert Callis, qui commentait, en 1622, le statut 23, Henry VIII, c. 5, sur les eaux, en posant le principe de la pro-

(1) Voy., au préliminaire, ce que j'ai dit en particulier de la dissertation de M. Daviel sur la propriété des rivières non navigables.

(2) Lord Hale, *De jure maris*, cap. 1.

priété des rivières, réfute ainsi l'objection tirée de la perpétuelle mobilité des eaux :

»—« Il serait étrange que le droit de propriété pût s'asseoir sur »une chose si fugitive, qu'elle a disparu en moins de temps qu'on »n'en met à prononcer *meum*, *tuum*, *suum*. Les daims, les liè»vres et les lapins des forêts, non plus que les poissons des eaux » courantes, ne peuvent être revendiqués à titre de propriété, et »cependant ce sont choses moins mobiles que les eaux courantes »elles-mêmes. Je pense donc qu'en prenant *aqua* pour l'eau cou»rante considérée isolément, elle ne peut être l'objet d'un droit »de propriété. Mais, en la considérant comme accessoire du sol, » en confondant par la pensée l'eau courante et le lit qui la con»tient, la propriété de l'un entraine celle de l'autre (1). »

»—« Si l'eau coule au travers d'un terrain, quoiqu'elle conserve »le nom d'eau courante, elle est, en effet, identifiée avec la pro»priété qu'elle traverse, parce qu'elle passe sur le sol, *et cujus est »solum, ejus est usque ad cœlum* (2). »

»—« Les rivières sont, ou publiques quand, de droit commun, la »navigation y est exercée, et alors le roi ou le lord est propriétaire »du lit, ou privées, le lit étant la propriété de celui qui possède le »sol des deux côtés, ou, *ad medium filum aquæ*, celle de chaque »propriétaire riverain, si les deux rives n'appartiennent pas à la »même personne (3). »

» Pour ce qui concerne l'Italie, le professeur Romagnosi (4) établit que les cours d'eau non navigables ni flottables appartiennent aux riverains, soit d'après l'ancienne législation italienne, soit d'après le Code civil français, soit d'après le Code autrichien qui régit aujourd'hui tout le royaume Lombardo-Vénitien.

» —« Tous les cours d'eau navigables ou flottables, en un mot, »propres au transport, ont cela de commun, dit-il, qu'ils sont »consacrés à l'utilité générale, et que, par conséquent, ils sont as»similés aux voies publiques de terre. Les ruisseaux n'ont qu'une

(1) Callis, *Statute of sewers, lectura secunda*, p. 97.
(2) Woolrich, *Law of waters*, London, 1830, chap. VII.
(3) Woolrich, *Law of waters, ibid.*
(4) *Della condotta delle acque.*

»utilité limitée aux seuls propriétaires sur le terrain desquels ils »courent.

» De cette distinction résulte la séparation de la propriété pu»blique et de la propriété privée en matière d'eaux courantes; et, »comme la qualité de non navigables, qui est purement négative, »n'admet pas de sous-division secondaire, il a été sagement établi »par le Code Napoléon que les rivières propres au transport de»vaient être rangées dans le domaine public, ce qui, par-là même, »a qualifié comme privés tous les autres cours d'eau dans lesquels »ne se trouve pas la qualité de propres au transport.

» Ces caractères clairs et constants furent posés comme règle »d'où dérivent les principes qui doivent présider au jugement de »toutes les questions de propriété et de compétence. Aussi, depuis »la promulgation du Code civil, il n'est plus permis de douter »qu'on ne doive considérer comme privés tous les cours d'eau qui »ne sont pas propres au transport, lorsqu'il s'agit de quelque fait »postérieur à la mise en activité de ce Code.

» Trois choses concourent à former une rivière, soit publique, »soit privée: le lit, les rives et l'eau. Il n'est pas douteux que la »qualité de propriété publique ou privée s'étend à toutes ces cho»ses, puisqu'elles sont toutes essentiellement constitutives d'un »cours d'eau. Cela résulte de l'art. 537 du Code Napoléon. Le »droit romain disait : *Flumina publica quæ fluunt, ripæque eo»rum publicæ sunt. L.* 2 ff., *De flum.* (1). »

» Romagnosi (2) cite l'avis du conseil d'État des 27-30 pluviôse an XII, et il ajoute: « De cette déclaration, ayant force de »loi, il résulte clairement et positivement que les eaux non navi»gables, retombées dans le domaine privé, ne sont pas passées »aux mains des communes, mais en celles des riverains. Le droit »de pêche n'est qu'un accessoire dépendant du droit de propriété, »et dès lors, en déclarant le titre de ce droit, on déclare en même »temps le titre fondamental d'où il dérive, ou, pour mieux dire, à »qui appartient ce titre fondamental. En même temps, des der»nières expressions de cet avis du conseil d'État résulte un lumi-

(1) § 1, lib. 1, cap. 1.
(2) § 9, *ibid.*

»neux *criterium* pour distinguer les eaux vraiment publiques des »eaux privées, et ce *criterium*, c'est la destination actuelle au »service public de la navigation ou du flottage.

» La consécration à l'usage public est le caractère spécifique »qui distingue légalement les choses publiques d'avec les choses »privées...

» En ce qui concerne les eaux, le caractère distinctif d'une »masse ou d'un courant d'eau résulte de l'usage auquel il est des»tiné. Ainsi, on devra appeler eau publique celle qui, par sa desti»nation, est consacrée à tous les membres de l'État; eaux privées, »au contraire, toutes celles qui n'ont pas cette destination (1). »

» En Espagne (2) il en est de même.

» En Russie, les fleuves et rivières navigables, ainsi que leurs rives, appartiennent à l'État. Mais les autres eaux et cours d'eau ont la nature de propriétés particulières (3).

» En Pologne, la jurisprudence sur cette matière présente cela de particulier que le livre 2 du Code Napoléon y a été promulgué sans aucune modification, et qu'il y a toujours été appliqué, soit par les tribunaux, soit par l'administration, comme consacrant au profit des riverains, sur les cours d'eau non navigables, de véritables droits de propriété. En 1828, le gouvernement ayant décidé de rendre navigable la rivière de Kaimonna, les riverains durent être expropriés, conformément à la loi votée par la diète de 1820, loi d'expropriation pour cause d'utilité publique (4).

» En Prusse, les cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables sont considérés comme étant la propriété des riverains. Ces rivières ne peuvent pas être à leur détriment consacrées à la navigabilité, et une disposition textuelle de la loi porte que : « Si »l'État croit utile au bien général de rendre navigable une rivière »appartenant à un particulier, il doit complètement indemniser ce

---

(1) *Id.*, *ibid.*, part. 1, lib. 2, cap. 2, § 1.

(2) Fuero, 36, *rubr.*, *De servit.*

(3) Digeste, X, 248 et 264.

(4) Je dois ces renseignements sur la législation russe et polonaise à M. Wolowski, avocat à la Cour royale de Paris, éditeur de la *Revue de législation*, recueil qui a pris avec honneur la place que la discontinuation de la *Thémis* avait laissée vide au grand regret des amis de la science.

»dernier pour toutes les pertes qu'il pourra essuyer et toutes les »charges qu'il aura à supporter (1). »

» Tel est aussi le droit suivi dans l'Allemagne en général (2).

» Certes, en présence de pareils témoignages réunis, il est difficile de soutenir encore que la théorie de la propriété des cours d'eau non navigables est une théorie contraire à l'ordre de la nature et aux intérêts sociaux ; et, du moins, quant aux prémisses de la question que nous agitons, nous pouvons nous prévaloir de ces documents des législations étrangères, *quia ratio non clauditur loco.* »

---

(1) Code général de Prusse, part. 2, titre 16, §§ 38 et suiv.

(2) Romagnosi l'atteste en citant l'art. 407 du *Code universel autrichien.* — Mon savant confrère, M. Fœlix, avocat à la Cour royale de Paris, directeur de la *Revue étrangère de législation*, m'a transmis, sur le droit allemand en matière de cours d'eau, une note que je me fais un devoir de transcrire ici tout entière : « Le droit romain, loi subsidiaire en Allemagne, forme la règle générale en cette matière; ses dispositions ont été développées par la jurisprudence et les auteurs. Voici les principes qui, en conséquence, sont suivis dans la pratique :

» L'usage des eaux ne forme pas un droit régalien ; l'État exerce cependant un droit de surveillance suprême sur toutes les eaux. Ce droit consiste à faire des règlements et à en assurer l'exécution. Les fleuves et rivières navigables ou flottables sont considérés comme *res publicæ* dans le sens du droit romain; ni l'État ni les particuliers ne peuvent s'en prétendre propriétaires sans rapporter la preuve de cette allégation. Le même principe s'applique aux bras d'une rivière navigable, comme aussi lorsque la rivière n'est pas partout navigable. Les riverains ne peuvent s'opposer à ce que l'État fasse convertir en rivière navigable ou flottable celle qui ne l'était pas jusqu'ici, sauf indemnité, le cas échéant. Les particuliers ne peuvent se permettre aucune disposition sur les rivières publiques qui en changerait le cours.

» Les eaux qui ne sont ni navigables ni flottables (les ruisseaux) sont considérées comme étant la propriété des riverains, sous les restrictions exigées par leurs droits réciproques et par la police générale des eaux. Sous le premier rapport, l'eau courante est regardée comme un seul ensemble; d'où il suit qu'aucun des riverains ne peut en faire un usage préjudiciable aux autres riverains, soit supérieurs, soit inférieurs. La disposition de l'art. 644 du Code civil est également admise comme principe de droit ; il n'en est pas ainsi de celle de l'art. 645. La possession donne la mesure et la règle de l'usage des eaux, notamment en ce qui concerne l'irrigation. Sous le second point de vue, les riverains ne peuvent s'opposer à l'établissement d'ouvrages à exécuter dans l'intérêt de la police générale du pays.

19. Le gouvernement a publié, en 1844, un rapport adressé au ministre de l'agriculture et du commerce sur les législations

---

» Le propriétaire qui a une source dans ses fonds en dispose librement, pourvu qu'il la recueille dans un bassin. Dans le cas contraire, on distingue si les eaux de la source ont ou non un lit continu. Dans la première hypothèse, on applique les principes exposés ci-dessus ; dans la seconde, les propriétaires inférieurs n'ont pas un droit exclusif à l'usage des eaux de la source, mais ils sont obligés à les recevoir.

» Personne ne peut établir des écluses ou barrages dans une rivière regardée comme publique, à moins d'une concession accordée par l'État, ou de l'acquisition par prescription. Dans les autres eaux, ce droit appartient à chaque riverain, à moins qu'il ne trouble les droits acquis des autres riverains.

» Les frais des ouvrages à exécuter *dans le lit* des rivières navigables et flottables ou non, dans un but d'utilité quelconque, sont à la charge des propriétaires de l'eau, à moins que les ouvrages ne soient nécessaires pour un usage commun à ces propriétaires et à d'autres individus, auquel cas ceux-ci sont obligés d'y contribuer. Les frais des ouvrages à faire *sur les bords* des rivières pour la sécurité des terrains riverains sont à la charge des propriétaires de ceux-ci. Cette obligation peut s'étendre également aux propriétaires des terrains plus éloignés de l'eau, si ces derniers tirent également un avantage desdits ouvrages. Si les ouvrages exécutés sur les bords sont devenus nécessaires par suite de ceux entrepris dans le lit, l'auteur de ces derniers doit également en supporter les frais.

» Il existe des lois spéciales dans différents pays qui avoisinent la mer ou les grands fleuves, relativement aux digues nécessaires pour garantir une grande étendue de terrains contre les invasions des eaux ; les propriétaires de ces terrains forment à cet égard une société qu'on peut appeler légale ou nécessaire.

» L'exercice du flottage dans les rivières publiques ne peut avoir lieu sans permission du gouvernement ; dans toutes les autres eaux, il est soumis à des règlements d'administration faits dans l'intérêt général de la navigation, des moulins et du maintien des bords ; aussi le flottage ne peut avoir lieu sans le consentement des riverains. Celui qui fait flotter est tenu d'indemniser les riverains ou autres personnes ayant droit à l'usage des eaux de tous les dommages que le flottage leur aura fait éprouver, à moins que ce dommage ne soit occasioné par la négligence desdites personnes. Les propriétaires riverains sont tenus de laisser le chemin de halage à l'usage de la navigation et du flottage.

» Le droit de traversée des voyageurs et des marchandises, moyennant rétribution, ne peut être exercé sur les rivières publiques sans autorisation du gouvernement ou autre titre légal ; dans tous les cas, ce droit est soumis à la

de l'Italie supérieure et de quelques États d'Allemagne, à la suite duquel sont imprimés les textes de ces législations. Leur examen confirme pleinement les observations de M. Daviel. Les lois mêmes de la haute Italie, où depuis le XIIe siècle le domaine public, sous ses diverses formes, s'est emparé de la plupart des eaux courantes, reconnaissent néanmoins l'existence de cours

---

surveillance du gouvernement. Le passeur ne peut empêcher les riverains d'avoir des barques et bateaux pour leur propre usage.

» On ne peut construire des moulins sur des rivières publiques sans concession du gouvernement. S'il s'agit d'une rivière commune à plusieurs personnes, il faut le consentement de tous les intéressés ; mais tout particulier peut établir un moulin sur un cours d'eau qui lui appartient. L'État exerce une surveillance sur tous les moulins et, dans quelques pays, leur construction doit être précédée d'une autorisation, comme l'exercice de toute autre industrie. Il est de règle que celui qui construit un moulin ou qui y fait de grosses réparations s'assure du consentement de tous ceux qui exercent des droits quelconques sur la même eau, ainsi que des propriétaires riverains, pour éviter des contestations. Ordinairement, lors de la construction d'un moulin, on place, d'autorité publique, une pierre ou autre signe indiquant la hauteur à laquelle le meunier peut élever les eaux, et toute élévation au delà de cette démarcation donne lieu à une action en indemnité de la part des intéressés ; il en est de même lorsque, sans le consentement de ces derniers, le meunier fait quelque changement au grand arbre de la roue principale. Lorsqu'il y a plusieurs moulins sur la même rivière, le propriétaire du moulin inférieur peut retenir les eaux jusqu'à la hauteur suffisante pour mettre ses roues en mouvement, à moins que les moulins supérieurs ne justifient d'un droit contraire. S'il y a lieu de craindre une inondation ou du moins une hauteur excessive des eaux, le meunier doit lever les empalements et déchargeoirs et ouvrir les écluses. Ordinairement le meunier est obligé de curer de temps à autre son canal, mais à des époques où la vase fait le moins de dommage aux propriétés riveraines. Lorsque l'eau qui fait tourner le moulin est la propriété du meunier, les riverains ne peuvent s'en servir pour l'irrigation de leurs propriétés qu'autant qu'ils en ont obtenu l'autorisation du propriétaire du moulin. Dans les autres cas, le droit d'irrigation dépend des droits que les riverains exerçaient avant l'établissement du moulin, des réserves qu'ils ont faites à cette occasion, et du dommage que le meunier peut en éprouver. En règle générale, les riverains ont le droit de se servir de l'eau qui fait tourner le moulin pour l'irrigation de leurs propriétés, mais à des époques seulement où cette irrigation ne nuit pas au meunier. Il existe à cet égard des règlements locaux d'après lesquels, par exemple, les irrigations ne peuvent avoir lieu que les jours de dimanche et de fête, ainsi que la veille de ces jours. »

privés appartenant exclusivement aux riverains et soumis aux lois générales de la propriété.

Ainsi l'art. 420 du Code civil sarde, à peu près calqué sur l'art. 538 du nôtre, porte : « Les routes, les chemins publics, ... *les fleuves*, *rivières*, *torrents*, ... et généralement toutes » les portions du territoire de l'État qui ne sont pas suscep- » tibles de propriété privée, sont considérées comme dépen- » dances du domaine royal. » Cette disposition ne comprend pas les ruisseaux, ni les eaux courantes qui ne sont ni fleuves, ni rivières, ni torrents; c'est ce que confirment les autres textes de la même loi. L'art. 558 enlève à l'art. 420 ce que celui-ci avait de général : « Celui dont la propriété borde une eau cou- » rante qui, sans travaux de main d'homme, a un cours naturel » et qui n'est point déclarée dépendance du domaine royal par » l'art. 420, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de » ses propriétés. »

La loi reconnaît donc des *eaux courantes bordant une propriété, dans un cours naturel*, qui ne sont pas dépendance du domaine de l'État. Le reste de l'article est copié sur l'art. 644 C. civ. L'art. 559 porte également le même texte que notre art. 645 et, comme lui, recommande aux tribunaux la conciliation de « l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la *propriété* ; » ce qui, comme je le démontrerai plus tard, s'entend de la propriété de l'eau. Mais l'art. 560 donne à l'exercice de ce droit une latitude bien plus grande que la loi française : « Tout pro- » priétaire ou possesseur d'eau peut en user à sa volonté et » même en disposer en faveur d'autres personnes, s'il n'y a titre » ou prescription contraire. »

Ainsi, dans le système de cette législation, les eaux courantes sont susceptibles de jouissance, de disposition, de titres, de prescription, c'est-à-dire de toutes les conditions constitutives de la propriété privée.

On voit par ces rapprochements que le rapport précité n'est pas parfaitement exact, ni exempt de tout esprit de système, lorsqu'il dit (p. 5) : « Deux grands principes, étrangers à notre » droit moderne, dominent les législations sarde et lombarde, et » leur donnent toute leur valeur; *je veux parler de la propriété*

» *de toutes les eaux naturelles autres que celles des sources*, » *attribuée à l'État....* »

Toutes les eaux naturelles n'appartiennent pas à l'État, mais seulement celles dont parle l'art. 420, plus étendu, mais non plus absolu que notre art. 538 ; ce principe n'est pas étranger à notre droit moderne et n'exclut pas la propriété privée des cours d'eau naturels autres que les sources ; au contraire, il la place dans des conditions plus larges et plus favorables encore que celles du Code civil français.

20. Ce qui est inexact à l'égard de la législation sarde ne l'est pas moins quant à la législation lombarde, et le prétendu principe supposé dans le rapport ne s'y trouve pas davantage. On y lit (art. 20): « La *haute surveillance et la tutelle* des eaux, ainsi » que des travaux qui s'y rattachent, sont confiées au gouverne- » ment. » Il y a loin de ce texte à l'attribution du droit de propriété.

Ce qui suit est bien autrement considérable : on y voit, en effet, que la disposition des eaux n'appartient pas à l'État qui réellement n'en a que la surveillance; les travaux sont consentis et exécutés par un tribunal nommé par *les conseils généraux*, présidé par le préfet sans voix délibérative, et *assisté* d'un conseiller hydraulique (art. 24) ; dans chaque arrondissement il est établi une délégation spéciale, *composée de propriétaires choisis dans la localité*, qui dépend du tribunal des eaux et veille à l'exécution à faire dans l'arrondissement (art. 25). Il existe, en outre, des *associations territoriales de propriétaires*, qui disposent en commun des eaux qui leur appartiennent (art. 35). Ainsi la direction des eaux courantes est laissée à la propriété privée, qui fait les travaux nécessaires à ses frais (art. 8 et 17), et, pour leur utilité comme pour leur exécution, ne reçoit de l'administration publique que des conseils ; les hommes de science n'interviennent qu'en cette qualité, et les délégations peuvent préférer l'assistance d'un ingénieur absolument indépendant du gouvernement (art. 25). Enfin les règlements relatifs à l'emploi des eaux sont l'œuvre des conseils généraux qui les adaptent aux besoins et aux circonstances de leur département (art. 26).

Le système de la législation lombarde repose, comme on le voit, sur des principes de propriété et de liberté que l'administration des ponts et chaussées se gardera de proposer ou d'admettre, et qui assurément sont bien éloignés du régime auquel la jurisprudence a soumis les eaux courantes parmi nous. L'examen de cette législation, la plus parfaite et la plus complète de toutes, a pour résultat de montrer, comme condition peut-être du bien public, au moins comme fort compatible avec ce résultat, le droit de propriété des eaux courantes reconnu aux particuliers, et surtout la résolution, l'exécution et la conservation des travaux laissées à l'intérêt privé, sous la simple surveillance du gouvernement.

21. Les autres législations, dont les textes sont imprimés à la suite du rapport, consacrent formellement la propriété dont les cours d'eau sont l'objet; je crois inutile d'en faire un exposé autre que celui qui précède et que j'ai emprunté à M. Daviel. Je ferai seulement quelques observations à l'égard de la loi prussienne sur les irrigations, promulguée en 1843; cette loi consacre à la fois deux principes que les partisans du domaine ont présentés comme inconciliables, savoir : le droit de tous sur les eaux courantes et la propriété privée. L'art. 2 est ainsi conçu : « Le *droit* » *de puiser* de l'eau dans un *cours d'eau privé* et d'y *abreuver le* » *bétail* appartient à chacun lorsque des places publiques ou des » chemins en bordent le rivage. »

C'est le droit de tous dérivant du droit naturel.

L'art. 8 porte : « Les *propriétaires d'un cours d'eau*, les » *riverains*, ceux qui *jouissent d'un droit d'irrigation* ou de » dérivation, ne sont tenus de souffrir le flottage que s'il y a déci- » sion administrative. »

C'est ici la propriété réglée dans l'intérêt de chacun. L'art. 13 fait également connaître les limites apportées à ce droit. L'art. 15, comme la loi sarde, accorde au riverain la faculté de concéder son droit de jouissance des eaux. L'art. 16 détermine l'exercice des usiniers et possesseurs de moulins. Aux termes de l'art. 18, « le riverain peut exécuter des travaux d'irrigation » *sans autorisation préalable.* » Dans toutes ces dispositions, le principe de propriété privée, réglée par l'intérêt commun des

propriétaires, domine et sert de base au législateur; mais ce principe est consacré d'une manière plus remarquable encore dans la disposition suivante (art. 35) : « Si la prise d'eau a » pour conséquence d'enlever à une usine, dans l'état où elle se » trouve, une partie de l'eau nécessaire à son roulement, les » commissaires sont tenus de prendre pour règle que l'usinier ne » peut jamais être forcé de consentir au changement des machines » intérieures de son établissement, mais seulement à une con- » struction plus rationnelle des barrages, vannes et coursiers.... Si, » par suite de ce changement, les dépenses d'entretien sont plus » considérables qu'autrefois, cette portion des frais sera con- » vertie en une rente annuelle, payable au propriétaire de l'usine. »

Comme dans la législation sarde, l'initiative et l'exécution des travaux d'irrigation à faire en commun, ou intéressant plusieurs, sont abandonnées aux particuliers; mais ici l'intervention de l'administration est plus active; elle est juge de l'utilité des entreprises, des plans proposés, des oppositions et des expropriations. Néanmoins la propriété privée est toujours reconnue et respectée.

C'est ainsi que les législations étrangères savent concilier l'intérêt public et l'intérêt privé, sans spoliation et sans despotisme. Soyons donc assurés que l'appropriation publique n'est pas la condition nécessaire d'un bon régime des eaux; qu'au contraire, leur emploi le plus sage et le plus utile se concilie parfaitement avec le droit privé.

Si les lois de nos voisins ne sont pas pour nous une règle de conduite nécessaire, elles nous apprennent néanmoins comme enseignement incontestable qu'une loi qui aujourd'hui refuserait au domaine particulier la propriété des eaux courantes serait la première et la seule en Europe, et par conséquent novatrice parmi nous.

CHAPITRE III.

DU DROIT ROMAIN.

SOMMAIRE.

22. Utilité du droit romain dans la discussion.
23. De la pratique des cours d'eau, enseignée par les *agrimensores*.
24. Explication des textes du Digeste.
25. Des édits des préteurs relatifs aux cours d'eau.
26. Suite. De la pérennité dans le système romain.
27. Explication des Institutes de Justinien.
28. Conclusion.

22. Il est généralement reconnu que des principes différents de ceux qui régissaient les institutions de Rome ont remplacé ceux-ci sous la domination seigneuriale. Cependant, cette assertion est encore une de celles dont on ne s'est pas exactement rendu compte; on la trouve souvent répétée dans les livres de droit, mais on ne voit nulle part qu'elle ait été l'objet d'un examen indépendant, ou autre chose qu'une de ces propositions qui se reproduisent de commentaire en commentaire, sans qu'on puisse remonter à la source et en apprécier la vérité.

Si nous ne pouvons considérer le droit romain comme la loi des temps féodaux, nous serons cependant fondés à croire que les principes de la domination romaine ont persisté en tout ce qui n'a pas été détruit par les institutions postérieures; ces principes peuvent donc avoir pour nous une utilité réelle.

Je n'ai ni l'intention ni le besoin d'exposer ici dans son ensemble le système des lois romaines sur les cours d'eau; il me suffira de constater que, dans ce système, il existait des cours d'eau

dévolus à l'appropriation particulière; que telle était la condition de la généralité de ceux qui ne pouvaient convenir à la navigation; et qu'en conséquence les légistes qui ont vu, dans la propriété privée que manifestent les documents des temps postérieurs, l'effet d'une usurpation sur le droit du public, se sont trompés.

23. Avant d'aborder les textes des lois et les préceptes des jurisconsultes, il est nécessaire d'interroger et de rechercher quelle était la condition réelle des cours d'eau. Il faut se rappeler que la totalité de l'empire romain se composait de terres conquises assujéties à des conditions diverses, mais, pour la plupart, à un partage et à un tribut. Le partage était constaté par un cadastre désignant les terres tributaires, les terres immunes ou affranchies, et les limites des possessions, soient qu'elles fussent laissées au précédent propriétaire, soit qu'elles fussent attribuées à un particulier, militaire ou colon, soit qu'elles fussent enfin réservées comme publiques pour l'empereur ou pour le peuple romain. Les contestations relatives au tribut, ou s'élevant entre les possesseurs voisins, trouvaient leur solution dans l'examen du livre cadastral et dans la recherche des débornements fixés lors de son établissement. Les difficultés de cette nature avaient donné naissance à l'art des *agrimensores* et à de nombreux traités de cet art, dont plusieurs sont parvenus jusqu'à nous. Les principaux ouvrages de ce genre ont été recueillis par Goësius (Van der Goës). Leur étude ne jette pas un grand jour sur les principes mêmes de la propriété, parce que ces principes étaient étrangers à l'*ars mensoria* qui s'occupait particulièrement de constater les limites et non les causes des possessions. Cependant, en nous faisant connaître ce qui pouvait être compris dans ces possessions, les ouvrages des *agrimensores* nous apprennent quels étaient les éléments de la propriété privée.

J'ai déjà cité (n° 3) un passage de Siculus Flaccus et des plans de colonies, desquels il résulte que les cours d'eau n'étaient pas toujours pris pour limites; qu'au contraire, ils faisaient fréquemment partie des terres partagées. Cette remarque est particulièrement confirmée par ce qui suit : Aggenus Urbicus nous apprend que des fleuves même considérables se trouvent parfois compris

dans les attributions : MULTA FLUMINA ET NON MEDIOCRIA *in adsignationem mensuræ antiquæ ceciderunt; nam et deductarum coloniarum formæ ita dictant ut multis fluminibus nulla latitudo sit relicta* (1).

C'était à titre de propriété que le fleuve faisait partie de l'attribution : *In quibusdam regionibus*, dit Siculus Flaccus, *fluminum modus assignationi cessit; in quibusdam verò tanquam subsecivus relictus est; aliis autem exceptus inscriptumque*, FLUMINI ILLI TANTUM(2). On appelait *subseciva* les terres qui n'entraient pas dans la division régulière des terres partagées; *excepta*, celles que l'auteur du partage réservait à la colonie, à la cité, ou au peuple romain.

Ainsi le fleuve, ou la portion de fleuve, qui n'entrait dans aucun lot (*subsecivum*), ou qui, bien que traversant les centuries ou portions, était réservé (*exceptum*), demeurait chose publique; mais ce qui tombait dans l'attribution devenait propriété privée. C'est ce que fait remarquer Goësius, sur le passage sus-transcrit: *Fluminum modus si assignationi cessit, flumen ipsum juris erit privati; si exceptus, publici* (3).

Les *excepta* et les *subseciva*, terres ou rivières, étaient ordinairement vendues, et le plus souvent achetées par les propriétaires d'héritages voisins. Cependant quelquefois elles étaient abandonnées à d'autres que ceux-ci : Siculus Flaccus fait mention d'inscriptions attributives du fleuve lui-même, indépendamment des champs riverains : *Datum assignatumque ut veterano; redditum suum veteri possessori* (4). Cette attribution comprenait expressément le lit du fleuve : *è quo alveus deinceps*. Mais, dans ce cas, l'auteur du partage avait généralement soin de joindre à l'attribution du fleuve celle de ses bords dans une certaine largeur, afin d'éviter les difficultés résultant de l'empiétement de l'eau sur les rives. *Et ultra ripas utriusque aliquando adscriptum invenimus modum per om-*

(1) P. 70, édit. de Goës.
(2) P. 19.
(3) P. 138 des notes.
(4) P. 19.

nes centurias per quas id flumen decurreret; quod factum auctor divisionis assignationisque justissimè prospexit; *subitis enim violentisque imbribus excedens ripas effluet, quoàd ultra modum sibi adscriptum egrediatur, vicinorumque vexet terras* (1).

Les parties négligées des terres conquises, quelquefois fort considérables, furent l'objet de l'usurpation et de l'ambition des grands; sous la république, la noblesse romaine s'en emparait et y joignait de gré ou de force les héritages de ses voisins; c'est autour de ce noyau que se formèrent les immenses *latifundia* qui partagèrent le sol en un petit nombre de propriétaires puissants.

Ces vastes usurpations ne respectèrent ni les fleuves ni les ruisseaux; les eaux courantes et les eaux mortes y furent également comprises et contribuèrent à la fortune de leur possesseur comme à l'embellissement de ses possessions. Cet envahissement des rivières est particulièrement constaté par une lettre de Sénèque, où ce philosophe déplore l'accumulation effrénée des richesses territoriales : « *Quousquo fines possessionum propagabitis? Ager uni domino qui populum cessit angustus est; quousque arationes vestras porrigetis, ne provinciarum quidem satione contenti circumscribere prædiorum modum?* ILLUSTRIUM FLUMINUM PER PRIVATUM DECURSUS, *et* AMNI MAGNI, *magnarumque gentium termini*, USQUE AD OSTIÚM, A FONTE VESTRI SUNT... (2). »

Les documents empruntés à la pratique de la propriété foncière sont d'autant plus dignes de remarque que les conditions qu'ils supposent aux éléments de la possession ne paraissent pas avoir subi de modifications autres que celles des institutions seigneuriales et que j'expliquerai plus tard. Au moyen âge, les règles de la science agrimensoriale, conservées traditionnellement, surtout dans le midi de la France, furent les mêmes

(1) Le même fait et la même observation sont reproduits par Aggenus, p. 57, et par Hyginus, p. 208.

(2) *Epist.* 89, citée par M. Giraud dans son excellent *Traité de la propriété chez les Romains.*

que sous la domination romaine, et par conséquent la propriété se prêtait également à leur application (1).

La persistance du droit privé sur les cours d'eau, sous la monarchie des deux premières races, se manifeste par un fait plus évident et plus important encore; les empereurs s'attribuaient généralement la disposition des *subseciva* et des *excepta* qu'ils donnaient à des militaires, à des favoris ou à des communautés; cette disposition se faisait à titre de bénéfice, et devait être inscrite sur un livre particulier. Les *agrimensores* nous donnent à ce sujet des renseignements fort précis.

Subsecivorum omnium librum facere debebimus, dit Hyginus, p. 193, *ut quandò imperator voluerit sciat quot in eum locum homines deduci possint..... Typum totius perticæ linteis descriptum* (le plan du territoire partagé) *secundum suas terminationes adscriptis finibus, tabulario Cæsaris inferemus; et si qua* BENEFICIO *concessa aut assignata coloniæ fuerint, sive in proximo, sive inter alias civitates, in* LIBRO BENEFICIORUM *adscribemus* (2).

Nous verrons, sous les rois des deux premières races, les concessions de terres fiscales, faites également à titre de bénéfices, jouer un grand rôle dans l'histoire de la propriété foncière, et nous rencontrerons une multitude de dispositions de cette nature, ayant pour objet des cours d'eau, des fleuves, des portions de fleuves, des rivières avec les droits de pêche, de force motrice ou de péages; enfin, ces possessions continueront même à l'égard des rivières navigables, jusqu'à l'ordonnance de 1669 qui devra encore en respecter la plus grande partie.

24. C'est en présence de ces explications qu'il faut aborder l'interprétation des textes du Digeste et des Institutes. Il résulte, en effet, des règles mensoriales, que les champs attribués avec limites certaines et ne comprenant pas le fleuve ne devaient pas profiter de l'alluvion qui eût accru leur portion nécessairement

(1) Voy. l'ouvrage précité de M. Giraud.

(2) Voy. la note de Rigaltus, v° *Beneficium*, où d'autres exemples de bénéfices et d'inscriptions au livre des bénéfices sont indiqués.

invariable : *In agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat*, dit la loi 16 *ff.*, *De adquir. rer. dom.*

Par le même motif, l'île née dans un fleuve dont les champs riverains étaient limités ne devait pas leur appartenir : *Si insula in publico flumine fuerit nata, inquè eà aliquid fiat, non videtur in publico fieri : illa enim insula occupantis est, si limitati agri fuerunt. ff.*, l. 1, *E fluminibus.*

C'est parce que les ports, avec leurs profits de pêche et de péage, étaient quelquefois attribués aux particuliers, que ceux-ci devaient alors les comprendre dans leurs propriétés imposables : *Lacus quoque piscatorios et* PORTUS *in censum dominus debet deferre.* L. IV, § 6, *ff.*, *De censibus.*

C'est aussi parce que les cours d'eau étaient quelquefois compris dans l'attribution, et quelquefois en étaient exceptés, que leur existence entre deux héritages écartait parfois l'action en bornage, et parfois ne l'écartait pas. Ainsi, lorsque le ruisseau servait de limite et que sa largeur (*latitudo*) séparait les deux riverains, il n'y avait pas lieu au bornage. *Si verò flumen vel via publica intervenit, confinium non intelligitur et ideò finium regundorum agi non potest. L.* 4, *Fin. reg. Quia magis in confinio meo via publica vel flumen sit quam ager vicini.* L. 5.

Mais si le cours d'eau était compris dans l'un des champs riverains ou dans les deux, il n'avait pas de largeur indiquée sur le plan cadastral. *Forma ita dictat ut flumini nulla latitudo si relicta* (v. *sup.*, n° 23) ; il était privé et ne servait pas de limite ; la ligne séparative ne pouvait plus être déterminée que par le plan ou par les bornes constatées; il y avait lieu à l'action *finium regundorum;* c'est ce que porte la loi 6 : *Sed si rivus privatus intervenit, finium regundorum agi potest.*

Les explications des *agrimensores* nous font clairement comprendre que, dans la distinction que contiennent les lois précédentes relativement à l'action *finium regundorum*, ce n'est pas la qualification de *flumen* ou de *rivus* appliquée au cours d'eau qui constitue la raison déterminante, mais la qualité du cours d'eau ; en d'autres termes, ce n'est pas au mot *flumen* que s'attache la distinction de la loi, mais au caractère de *privatus* appliqué au ruisseau dont parle la loi 6.

25. Des édits du préteur réglant la police des eaux avaient embrassé dans leurs diverses dispositions les eaux de toute espèce. Ces édits sont rappelés et commentés dans divers titres du livre 43 du Digeste; les titres qui concernent l'intérêt public sont intitulés : tit. 12, *Ne quid in flumine publico, ripâve ejus fiat quo pejus navigetur;* tit. 13, *Ne quid in flumine publico ripâve ejus fiat, quo aliter aqua fluat.* Ceux qui sont relatifs à l'intérêt privé, ou du moins ne constituent que des règles de servitude, sont les titres 20 : *De aquâ cottidianâ et æstivâ*; tit. 21, *De rivis;* tit. 22, *De fonte.*

Ces diverses dispositions n'ont point pour objet la propriété, mais la jouissance; ce sont des règlements entre les divers ayants-droit, quels qu'ils soient. On ne saurait donc, non plus que dans les enseignements de *l'ars mensoria*, y trouver autre chose que des indications et des inductions relatives à la propriété des cours d'eau. Ces indications concordent parfaitement avec celles que nous avons déjà recueillies dans le livre des *agrimensores.*

Le commentateur de l'édit, Ulpien, définit le ruisseau : *Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat.* L. 1, § 2, tit. 22. Le fleuve n'est pas défini, mais il est distingué du ruisseau : *Flumen à rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium.* L. 1, § 1, tit. 12.

Remarquez cette double cause de distinction : la dimension ou l'opinion; évidemment il ne s'agit pas ici d'une opinion sur la dénomination physique du cours d'eau, mais de son caractère légal, lequel ne peut être déterminé pour les riverains que par les conditions des attributions locales (1). Un petit cours d'eau peut donc être qualifié *flumen*, et réciproquement un ruisseau considérable tomber sous la qualification de *rivus.*

Ulpien distingue les fleuves en pérennes et en torrents : *Flumina quædam sunt perennia, quædam torrentia : perenne est quod semper fluat*; *torrens, id est hyeme fluens.* L. 1, § 2.

Les uns sont publics, les autres sont privés : *Fluminum quædam publica sunt, quædam non.* L. 1, § 3. Cette distinction

(1) C'est probablement ce que signifient ces mots de Marcus Baro, *De oasis litterarum*, p. 242 : *Qui rivus interpretatur et descendit in fluvium.*

n'a rien de particulier aux fleuves : elle s'étend également aux ruisseaux; ainsi le même Ulpien, expliquant l'édit *De rivis*, fait cette observation : *Hoc interdictum ad omnes rivos pertinet, sive in publico, sive in privato sint constituti.* L. 3, § 4, tit. 21; et il en est ainsi, parce que cet édit n'a pour objet qu'un règlement de servitudesprivées.

Mais, à la différence de l'édit relatif aux ruisseaux, celui qui concerne les fleuves ne doit s'appliquer qu'aux fleuves publics : *Hoc interdictum ad flumina publica pertinet. Si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum; nihil enim differt à cæteris locis privatis, flumen privatum.* L. 1, § 4. Et ailleurs : *Quod fit in privato flumine, perindè est ac si in alio privato loco fiat.* L. 1, § 10 (1).

26. Les cours d'eau dont s'occupe l'édit relatif à la navigation doivent réunir deux conditions : ils doivent être publics et navigables : *Hoc interdictum ad ea tantùm flumina publica pertinet, quæ sunt navigabilia; ad cætera non pertinet.* L. 1, § 12. S'ils sont publics, mais non navigables, leur police est reglée par l'édit *Ne quid fiat quo aliter aqua fluat : Pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt, sive non sunt.* L. 1, § 2, tit. 13.

Il suit de ces textes que le caractère de chose publique ne résulte pour les cours d'eau ni de la dimension, ni de la qualification de *flumen* ou de *rivus*, ni de la navigabilité; ce n'est pas non plus à la pérennité que cette qualité s'attache, car le même édit, dans une autre disposition, règlemente les lacs, les étangs et les canaux publics; or, Ulpien définit ces différentes natures d'eaux: *Lacus est quod* PERPETUAM *habet aquam. Stagnum est quod* TEMPORALEM *continet aquam ibidem stagnantem, quæ quidem aqua plerumque hyeme cogitur. Fossa est receptaculum aquæ, manufacta.* Tit. 14. Il existe donc des eaux non pérennes qui sont publiques: *Possunt autem etiam hæc esse publica. Ibid.* Mais les eaux pérennes dont parle cet édit peuvent

(1) *Cujus nomine*, dit Pothier *ad Pandect.*, *competunt et sufficiunt interdicta ordinaria et generalia*, quod vi aut clàm, *vel* uti possidetis.

également être privées : *Si privata sunt suprà dicta, interdictum cessat. Ibid.*

Cependant, au titre de la navigation, Ulpien a dit : *Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Hæc sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.* L. 1, § 3. M. Rives conclut de cette disposition que « la domination romaine » dans la Gaule eut nécessairement pour effet d'attribuer au fisc » de l'empire l'entier domaine de toutes les rivières, puisque la » législation générale des vainqueurs n'abandonnait aux riverains » que les cours d'eau qui n'étaient point pérennes (1). » Cette interprétation du texte sustranscrit est contraire à tous les enseignements qui précèdent, et qui ne font aucune distinction quant à la propriété entre les eaux pérennes et celles qui ne le sont pas.

C'est relativement à l'édit dont il s'agit qu'Ulpien explique le sens du mot *publicum*. L'édit, en effet, portait : *Ne quid in flumine publico, facias quo statio iterve navigio deterior sit.* Or, le commentateur devait résoudre une série de questions, auxquelles il répond ainsi : L'édit particulier comprend-il tous les cours d'eau ? non, il ne concerne pas les ruisseaux. Comprend-il tous les fleuves ? non, il ne s'applique qu'aux fleuves publics ; mais que doit-on entendre ici par fleuves publics ? sera-ce tous ceux qui peuvent appartenir au public ? non encore, mais seulement ceux qui sont pérennes, et la raison en est expliquée immédiatement, c'est que l'eau courante à laquelle l'édit sur la navigation peut s'appliquer doit être, à cet effet, navigable, et celle qui n'est point pérenne ne saurait remplir cette condition, ou du moins ne la remplit pas toujours.

Remarquez qu'Ulpien ne présente sa solution que comme probable, et croit devoir s'appuyer de l'opinion de Cassius et de Celsus ; il pouvait être en effet douteux que l'interruption temporaire du cours et de la navigation suffit pour soustraire un fleuve public à l'exécution de l'édit. Mais s'il se fût agi d'un principe général, applicable à toutes les rivières de l'empire et constamment appliqué, le jurisconsulte aurait-il présenté son opinion comme seulement probable ? Le législateur lui-même, sanctionnant la doctrine

---

(1) P. 25.

d'Ulpien, ne lui eût-il pas donné le caractère certain qui appartient nécessairement à toute règle de droit positif? Ce n'était pas une question de droit, dans l'organisation romaine, que la nature publique d'une portion du territoire; c'était une question de fait dont la solution dépendait uniquement du partage et de l'attribution. Le doute, dans la proposition d'Ulpien, ne pouvait donc pas avoir pour objet le caractère public du fleuve sous le rapport de la propriété, mais relativement à l'application de l'édit. C'est donc relativement à cet objet seulement que le jurisconsulte a considéré la pérennité dans le texte examiné, et l'on ne doit pas en tirer de conséquence étrangère à l'exécution du texte.

Il s'en faut d'ailleurs que toutes les eaux pérennes soient reconnues publiques, ainsi que le suppose M. Rives; la pérennité n'est plus prise en considération dans les titres relatifs à l'entretien des fleuves, des lacs, des étangs et des canaux publics; leur caractère est indépendant de cette condition, et, comme on vient de le voir, le titre 14 mentionne, au contraire, des eaux pérennes qui peuvent être privées. Enfin si nous consultons les *agrimensores*, Marcus Baro nous apprend que les centuries contenaient des eaux pérennes et d'autres qui ne l'étaient pas, sans qu'aucune considération se rattache à cette différence, autre que la désignation du champ et sa topographie : ainsi on lit en divers endroits de son traité *De casis litterarum* les mentions suivantes : *Trium rivorum in fundo invenies, de ipsis unum Augusto mense, aquam habentem...... à septentrionali parte* AQUAM PERENNEM *invenies in fundo supradicto*. P. 240.

27. Il me reste à parler des règles générales tracées par Justinien dans ses Institutes, au titre *De divisione rerum*. Ici le législateur fait autre chose que commander; son œuvre est de la science et de l'enseignement; il commence par exposer les règles du droit naturel et la division des choses selon les principes de ce droit : *Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam publica..., quædam nullius. Proœm.* Puis au § 1er: *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aer, aqua profluens, et mare et per hoc littora maris.*

Quelques jurisconsultes ont conclu de ces mots *aqua profluens* que, dans le système de la législation romaine, toutes les



eaux courantes étaient rangées dans le domaine public et communes à tous. Cette interprétation est contraire à tous les textes que nous avons examinés jusqu'à présent et qui supposent l'appropriation privée d'une multitude d'eaux courantes ; elle est également démentie par les dispositions fort nombreuses qui concernent les servitudes d'aquéducs, et montrent l'eau courante frappée du droit exclusif de propriété. *Portio agri videtur aqua viva*, dit la loi 11 *Quod vi aut clàm*, ce qui ne se concilie point encore avec le principe absolu de Justinien.

Cette doctrine et les termes qui l'expriment sont empruntés aux Institutes de Martianus et forment le texte de la loi 2 *ff.*, *De divisione rerum.* La loi suivante, extraite du même ouvrage, ajoute : *Sed flumina penè omnia et portus publica sunt.* Cette règle semble opposée à la précédente, car l'eau courante déclarée chose commune dans l'une est tenue pour chose publique dans l'autre et ainsi rangée à la fois dans deux catégories que le législateur suppose distinctes et différentes.

C'est sans doute la difficulté de concilier ces deux propositions qui a fait penser aux auteurs de la glose que par l'*aqua profluens* du texte de Justinien il fallait entendre l'eau tombant du ciel, *id est de cœlo cadens*, laquelle est départie à tous les hommes comme l'air qu'elle traverse.

Vinnius interprète différemment ces deux textes. Suivant cet auteur, il faut distinguer l'eau du fleuve ; *Notandum est discrimen fluminis et aquæ fluentis, undè usus utriusque nascitur diversitas.* Le fleuve est le corps entier du cours d'eau, lequel existe depuis longtemps et ne varie pas : *Flumen est totum quid, unumque et idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, denique imperio eorum est quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia.* De cette distinction il suit que le législateur a pu ranger l'eau dans la classe des choses communes qui appartiennent à tous, et les fleuves dans la classe des choses publiques qui appartiennent au peuple romain. Mais dans cette classification on ne considère que l'usage : *Hinc de usu judicandum. Flumine integro utimur ad navigandum et piscandum ; qui usus jure gentium divisus est, quatenùs flumina ipsa imperio divisa sunt ; ac proindè non communis est omnium hominum, sed publicus eorum*

duntaxat, quorum finibus continetur. Aquâ verò fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora; qui usus communis est jure naturali omnibus concessus.

Ainsi la théorie de Justinien n'a pour objet que l'usage: c'est le droit de laver, de se désaltérer et d'abreuver les bestiaux qui reste commun à tous; quant au droit de pêcher et de naviguer, il appartient privativement au peuple propriétaire du fleuve.

Remarquez d'ailleurs que l'eau courante est commune à tous, selon le droit naturel, tandis que les fleuves sont publics par le droit des gens; or, ni le droit naturel, ni même le droit des gens, ne sont exclusifs des modifications du droit privé. Des choses sont publiques quant à l'usage, qui sont privées quant à la propriété: par exemple, les rives d'un fleuve public.

C'est ce que constate immédiatement Justinien, encore d'après Martianus: *Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis... Sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent.* § 4 (1). Ainsi l'usage de tous ou l'usage public se concilie avec la propriété privée; le droit de se désaltérer peut appartenir à tous les hommes, selon le droit naturel, dans une eau courante qui, selon le droit des gens, appartient comme fleuve à un peuple, ou comme ruisseau à un particulier. Tel est le système de Justinien; quoique peu clair, il est conforme à la nature des choses et confirme au besoin les observations que j'ai déduites du droit naturel.

Les Institutes diffèrent néanmoins du Digeste en un point fort important: le législateur, en effet, avait dit au Digeste, tit. *De divis. rerum*, liv. 4: *Flumina* PENÈ *omnia et portus publica sunt.* En reconnaissant ainsi que tous les fleuves n'étaient pas publics,

---

(1) Toute cette matière est rendue très obscure par les termes absolus des Institutes; ainsi la loi 3 ff., *De fluminibus*, dit formellement le contraire de ce qu'enseigne ici Justinien: *Flumina publica quæ fluunt ripæque eorum publicæ sunt;* ce qui ne suppose aucune distinction, et d'ailleurs est parfaitement conforme à ce que nous apprennent les *agrimensores* des bords attribués généralement au *modus fluminis.* La même loi ajoute immédiatement: *Secundùm ripas fluminum loca non omnia publica sunt*, ce qui est encore vrai, et néanmoins a paru tellement contradictoire à Cujas, que, pour trancher la difficulté, ce jurisconsulte supprime la particule négative, V. *Observ.*, 14, c. 12, *in fine.*



cette disposition était d'accord avec la loi 1, § 3, *De flumin.*, sustranscrite : *Fluminum quædam publica sunt, quædam non publica*, et conforme aux enseignements des *agrimensores*. Mais Justinien, dans les Institutes, écrit en termes absolus : *Flumina autem omnia publica sunt*, § 2, ce qui ne peut plus se concilier avec les textes du droit civil, ni avec la pratique qui nous est connue.

Doit-on penser que Justinien ait voulu, introduisant un droit nouveau, rendre publics, par une déclaration générale, tous les fleuves de l'empire ? Assurément non. Une révolution aussi immense dans le droit de la propriété territoriale ne pouvait s'effectuer sans être annoncée plus expressément que par la suppression d'un seul mot. Le législateur ne faisait dans cette disposition qu'un exposé des règles générales du droit des gens, sans entendre modifier les applications du droit civil. Cette considération nous apprend en même temps quelle a été l'intention de la disposition qui range l'eau courante parmi les choses communes, selon le droit naturel. L'*aqua profluens*, quoique restant dans le domaine de tous, sous le rapport des besoins de la vie animale, n'est pas pour cela soustraite à l'appropriation privée sous tous les autres rapports ; ni les ruisseaux, ni même tous les fleuves, ne sont incapables de propriété ; en supposant même que tous les fleuves aient été rendus publics par les Institutes, les cours d'eau qui ne peuvent recevoir cette qualification restent encore dans le domaine particulier.

28. Que devons-nous conclure du droit romain dans la question du droit actuel, et quelle peut être l'influence de cette législation sur la solution qui nous intéresse ? On reconnaîtra qu'elle est fort grande, lorsque la persistance des règles romaines à travers les siècles féodaux aura été démontrée. Puisque l'histoire et les lois nous apprennent que des fleuves, même navigables, étaient l'objet d'attributions privées, à plus forte raison devait-il en être ainsi des cours d'eau qui n'étaient propres qu'aux irrigations, à la pêche, ou au mouvement des machines, fort rares encore à cette époque. La nécessité d'un usage privé dut entraîner également l'appropriation privée, et, en effet, c'est dans cet état que les documents de la 1re race nous montreront les rivières et les eaux courantes.

Si nous ne pouvons reconnaître que plus tard les conséquences à déduire de la législation romaine, il nous est néanmoins possible d'indiquer dès à présent celles qu'il n'est pas permis d'en tirer.

Ainsi, il est évident que des enseignements de Justinien on ne peut pas conclure, comme l'ont fait cependant plusieurs jurisconsultes, que l'eau courante est *res nullius*; dans le système des Institutes, ce sont les choses sacrées, *divini juris*, § 9, qui reçoivent seules cette qualification du législateur.

L'on ne peut pas davantage s'étayer de la disposition qui rangeait les fleuves parmi les choses publiques, pour décider que parmi nous le droit du domaine sur les fleuves dérive du droit naturel, et qu'il doit, en conséquence, s'étendre à tout ce qui peut être qualifié fleuve. Tel n'était pas le système romain qui reconnaissait au contraire des fleuves privés, *et multa et non mediocria*; qui d'ailleurs ne rattachait pas sa théorie au droit naturel invariable, mais au droit des gens que les institutions modifient selon les besoins et les usages.

Enfin, ce dont il faut se garder surtout, c'est d'emprunter à la législation de Justinien des textes épars et même des lambeaux de textes, pour en déduire des conséquences souvent contraires à la véritable intention de ces textes. C'est ainsi que les agents du domaine royal ont constamment agi pour dépouiller les possesseurs des eaux courantes; on en verra des exemples curieux lorsque j'exposerai la marche de notre législation des grandes rivières. Je ne puis en indiquer ici que quelques résultats.

Les textes romains introduits dans le système qui nous régit y ont subi la traduction la plus étrange et la plus inattendue pour ceux qui ne connaissent pas la logique des agents du fisc. La règle des Institutes, *Flumina omnia publica sunt*, *ideòque jus piscandi omnium commune est in fluminibus*, se traduit ainsi dans notre législation : « Tous les fleuves appartiennent à » l'État; en conséquence, personne ne peut y pêcher s'il n'est » fermier de la régie, à peine de 100 francs d'amende, indé» pendamment des dommages-intérêts. » (Art. 5 de la loi du 24 avril 1829.) La loi 24 *ff.*, *De damn. infect.*, *fluminum publicorum communis est usus : in his igitur publicè cuilibet licet ædificare*, est introduite dans nos doctrines législatives comme suit : « Un arrêté du directoire exécutif du 19 ventôse

» au VI pose, d'après l'ordonnance de 1669, les lois des 12-20 août » 1790 et le Code rural de 1791, le principe qu'il ne doit être » établi aucun pont, aucune chaussée permanente ou mobile, » aucune écluse ou usine, aucun batardeau, moulin, digue ou » autre obstacle quelconque dans les rivières navigables ou flot- » tables, sans autorisation expresse du gouvernement (1). » ; et ce à peine d'amende arbitraire, aux termes de l'art. 42, tit. 27, de l'ordonnance de 1669.

Admettez le principe de la propriété de l'État à l'égard de toutes les eaux courantes, et le droit du public invoqué par l'administration recevra le même sort. La maxime de Justinien *Naturali jure communia sunt omnium.... aqua profluens*, sera celle-ci : « Nul ne peut user d'une eau courante sans une » autorisation.... à peine .... d'amende et dommages-intérêts. » Le gouvernement seul disposera de ces eaux qui lui auront été confiées en vertu du droit de tous, et il en donnera la jouissance à celui-ci ou à celui-là dans un intérêt qui devra subir les inévitables influences des considérations de toute espèce auxquelles les faveurs du pouvoir sont assujéties. Et les choses seront ainsi parce qu'elles ne peuvent pas être autrement ; l'expérience, la loi écrite, et d'ailleurs la simple raison, sont là pour l'attester.

La propriété parmi nous repose sur des bases essentiellement différentes de celles des institutions romaines ; ce sera un des principaux objets de ce livre d'expliquer la distance énorme qui sépare le système du Code civil du système féodal et du système romain ; les immortels auteurs de la proclamation du 4 août 1789 comprenaient clairement l'immense révolution qu'ils faisaient subir à la propriété territoriale et quelle muraille allait désormais séparer le régime nouveau du régime renversé. Nous avons cessé de comprendre ce grand bienfait et ses véritables rapports avec la liberté ; j'espère que ce qui doit suivre les fera clairement apprécier.

Je rappellerai seulement ici aux jurisconsultes qui cherchent à fonder le droit de l'État aux eaux courantes sur les principes de la législation romaine, que ces principes ne sau-

---

(1) Daviel, t. 1, n° 337

raient convenir à nos institutions ; la domination de Rome avait imprimé à tout le sol provincial le caractère de terre conquise et réduite en servitude ; tout appartenait au peuple vainqueur ; le vaincu, dépouillé de son droit de propriété, recevait la possession des biens que lui laissait le proconsul, au prix d'un tribut onéreux ; tout ce qui n'était pas distribué ou partagé restait public, c'est-à-dire la chose du peuple romain ou de son empereur ; c'est ainsi qu'il existait des terres publiques, des fleuves publics, et des possessions de toute espèce auxquelles cette qualification appartenait. Évidemment aujourd'hui le mot public ne saurait avoir le même sens ; nous avons cessé d'être un peuple vaincu, et nos possessions ne sont plus à un peuple vainqueur. Pour appliquer à notre territoire les textes romains où les choses sont déclarées publiques, il faut donc commencer par en dénaturer le sens et en changer la pensée, à peine de régir un sol libre, une nation libre, des institutions libres, par des lois écrites pour un sol conquis, des nations vaincues, et dans des institutions oppressives. Il est évident que la raison résiste à ce rapprochement. Ce fut de la part des domanistes une erreur perpétuelle ou un abus immense que de faire incessamment du roi de France un empereur romain, d'appliquer à son pouvoir les règles du despotisme impérial, et d'infliger au sol français les principes odieux de la domination des proconsuls ; mais la réalité ne se prêtait pas à cette fantasmagorie systématique ; sans doute ces idées, jetées avec persistance dans le commerce des principes du droit, ne furent pas sans grand profit pour le fisc et l'aidèrent largement dans ses usurpations, mais elles ne furent pas les causes réelles et véritables de ses conquêtes sur la féodalité. Je ferai voir que la force et souvent la force matérielle rattacha les diverses portions du territoire seigneurial au domaine de la couronne, et que l'ordonnance même de 1669 ne fut qu'une spoliation que le législateur ne prit pas la peine de déguiser.

Ces observations n'ont pas pour objet d'apprécier le bien ou le mal des actes qui ont constitué la monarchie et le domaine royal, mais de mettre au grand jour cette vérité, que nos institutions sont incompatibles avec les règles qui régissaient sous la domination romaine les propriétés publiques, et par suite le droit de l'É-

tat sur les eaux courantes. Les possessions domaniales et les lois qui leur appartiennent ne sont pas de ces vérités immuables, déductions invariables de la justice et du bon sens, si merveilleusement développées dans les enseignements du Digeste; elles sont au contraire aussi variables que les constitutions nationales sont diverses; chaque pays a les siennes, que ses mœurs, ses besoins, et aussi les évènements, lui ont fait admettre et reconnaître; celles des peuples passés peuvent lui donner conseil, mais non le gouverner; elles n'ont pour lui voix délibérative qu'aux recherches de l'histoire et quand il s'agit de savoir ce qui reste des choses qui ont été. C'est ainsi, et non autrement, que la législation romaine prend une grande part dans la question des eaux courantes, comme dans tout ce qui se rattache aux éléments de la propriété territoriale, telle qu'elle est aujourd'hui constituée parmi nous.

DEUXIÈME PARTIE.

DES DROITS SEIGNEURIAUX ET DES LOIS ABOLITIVES DE LA FÉODALITÉ.

PRÉLIMINAIRE.

SOMMAIRE.

29. Influence des conditions du droit seigneurial sur la question des eaux courantes.
30. Plan de la discussion sur cet objet.
31. Des coutumes.

29. C'est à cette partie de la discussion que se rattachent les raisons décisives de la question qui nous occupe; peut-être a-t-on reconnu que les leçons de Justinien, les théories plus ou moins chimériques des jurisconsultes du droit naturel, et même la considération des lois étrangères, sont peu propres à déterminer directement une solution. D'un autre côté, on verra plus tard que les textes des lois nouvelles ont été l'objet d'un examen approfondi de la part des commentateurs modernes, et que la controverse, sur ce point, est complètement épuisée.

Mais il n'en est point ainsi de la législation féodale; tous les auteurs qui ont pris part à ces débats ont excipé de règles qu'ils ont prétendu lui appartenir; aucun d'eux ne s'est livré à un examen sérieux de ces règles et à la recherche de leur exactitude.

Cependant les doctrines sur lesquelles on s'est appuyé de part et d'autre sont loin d'être uniformes, en sorte que cette base de la discussion est elle-même un objet de divergence.

Il est, en effet, reconnu que les lois abolitives de la féodalité ont supprimé tous les droits seigneuriaux, quelles que fussent leur nature et leur origine; il est également incontesté que les droits des seigneurs sur les rivières non navigables ont été abolis, et qu'à aucun titre les anciens possesseurs de ces droits ne seraient aujourd'hui recevables à les réclamer.

Jusque-là toutes les opinions sont d'accord, et je démontrerai plus tard qu'il n'en saurait être autrement.

Mais la divergence se manifeste aussitôt qu'il s'agit de déterminer les effets des lois abolitives, soit à l'égard des riverains, soit à l'égard de l'État.

Les uns pensent que les droits seigneuriaux n'étaient que des servitudes grevant la propriété des sujets ou vassaux; qu'en conséquence, l'extinction de ces servitudes a rendu libre aux mains de ceux-ci la propriété des petites rivières, qui n'avait jamais cessé de leur appartenir, quoique altérée par l'existence du droit seigneurial.

Les autres enseignent que le droit des seigneurs sur les cours d'eau était dans leurs mains un élément du fisc attaché à leurs justices, et une portion du domaine public dont ils étaient saisis comme petits souverains; que l'effet des lois de la révolution a été de constituer l'État successeur de la seigneurie féodale, de lui attribuer l'héritage de la haute justice et en même temps le domaine des petites rivières.

Les premiers ne démontrent pas que le droit reconnu aux seigneurs avait seulement le caractère de charge ou servitude; ils ne prouvent pas non plus que la propriété grevée des rivières non navigables appartînt aux riverains.

Les seconds ne justifient pas le caractère de petits souverains qu'ils attribuent aux justiciers, ni l'existence d'un fisc seigneurial démembré du domaine public, ni enfin le lien qui rattachait le droit des rivières à la justice seigneuriale.

En un mot, les deux systèmes reposent également sur des hypothèses dont la vérité n'est nullement établie.

Chacun s'appuie de citations plus ou moins exactes emprun-

tées à des auteurs de l'ancien droit plus ou moins recommandables.

Et cependant il est évident que la solution de la question dépend du système qui sera reconnu véritable.

S'il est vrai que les lois de 1789 aient eu pour effet de libérer aux mains des riverains la propriété des petites rivières, on ne peut leur refuser aujourd'hui cette propriété sans montrer une loi postérieure qui la leur ait retirée pour la conférer à l'État.

Si l'on doit, au contraire, admettre que l'État a succédé aux seigneurs, et que le domaine des eaux courantes faisait partie de l'héritage de la haute justice, les riverains seront dans la nécessité de prouver que des lois ultérieures ont enlevé à l'État la propriété qui lui avait été attribuée.

Dans l'une et l'autre opinion, l'interprétation mise en avant constitue une sorte de possession d'autant plus précieuse qu'elle dispense de toute preuve nouvelle, et rejette sur l'adversaire une démonstration qu'on doit reconnaître difficile dans les deux partis.

Je me crois donc fondé à considérer la discussion comme rendue à ce point que la solution dépend principalement des règles de l'ancien droit, lesquelles n'ont pas été sérieusement examinées. C'est à leur recherche qu'on doit s'attacher aujourd'hui, si l'on veut faire avancer la controverse vers sa décision.

30. Je ferai d'abord connaître l'origine des droits reconnus sous l'ancien régime aux seigneurs sur les eaux courantes, et je montrerai que ces droits avaient deux natures, les uns étant des droits de justice, les autres des droits de fief.

J'expliquerai ensuite ce que c'était que la justice et ce que c'était que le fief; je démontrerai qu'en ce qui concerne les rivières, les droits de justice et ceux de fief n'étaient qu'une servitude d'intérêt privé, imposée soit au fonds, soit au propriétaire de ce fonds, et ne comportant aucun élément de puissance publique.

Je confirmerai cette démonstration :

Par les actes qui montrent dans tous les temps, c'est-à-dire depuis le 5e siècle jusqu'au 18e, les cours d'eau dans le domaine particulier, achetés, vendus, transmis, partagés comme le sol lui-même, comme les prés qu'ils arrosent, les domaines qu'ils



traversent, les usines qu'ils font mouvoir, et tous les autres éléments de la propriété privée ;

Par les ordonnances et la législation du domaine royal, qui successivement ont retiré à la possession particulière les rivières navigables et n'ont jamais fait à l'égard des eaux non navigables que des tentatives infructueuses et abandonnées ;

Par la jurisprudence des parlements qui, dans aucun de ses actes, n'a reconnu un titre public à la propriété des rivières non navigables ;

Par la doctrine des auteurs dont le plus grand nombre et presque l'universalité ont tenu pour certain que la propriété des ruisseaux appartenait au riverain ;

Par cette considération enfin, qu'au moment où les lois abolitives de la féodalité auraient pu saisir l'État des droits attribués aux seigneurs sur les eaux courantes, ces droits étaient depuis longtemps sortis de leurs mains, soit par le rachat qu'en avaient fait presque partout les riverains, soit par des concessions également faites et dépouillant la jouissance des concessionnaires de tout caractère seigneurial.

Cet exposé des doctrines seigneuriales sur la propriété des eaux courantes contiendra nécessairement le système complet de la propriété territoriale, de ses conditions sous le régime féodal, de ses vicissitudes en présence des agressions et des conquêtes de la monarchie ; enfin des lois qui ont aboli ce régime, et des effets qui lui survivent et sont consacrés par ces lois elles-mêmes. C'est ainsi que le but principal de cet ouvrage sera atteint et que la portion véritablement utile de notre histoire juridique aura reçu le développement que réclament aujourd'hui les procès dont la solution se rattache aux institutions renversées par la révolution.

31. Les coutumes contiennent presque toutes quelques dispositions sur les cours d'eau : plusieurs attribuent formellement au roi la *propriété* des rivières navigables ; il n'en est pas une seule qui les déclare la propriété des seigneurs. Cette différence est assurément très significative. Je transcrirai fort exactement tous les textes relatifs à cette matière, et l'on verra qu'ils se bornent à constater

soit au profit du justicier, soit au profit du féodal, des droits de pêche, de moulins, d'attérissement ou de justice.

Je commencerai par l'examen des droits de pêche, et, sur cette partie de la législation coutumière, je développerai la théorie des droits seigneuriaux, dont je n'aurai plus qu'à faire une application rapide aux autres textes des coutumes.

CHAPITRE PREMIER.

DES DROITS DE PÊCHE APPARTENANT AUX SEIGNEURS. — DES GARENNES. — DES DROITS CONVENTIONNELS.

SOMMAIRE.

30. Textes des coutumes.
31. Insuffisance des commentaires des auteurs coutumiers.
32. Explication des mots *forêts* et *garennes*.
33. Explication du mot *bannal*.
34. Objet des garennes, la chasse et la pêche.
35. Terres assujéties au droit de garenne.
36. Origine et nature primitive de ce droit.
37. Sanctions diverses et coutumières du droit de garenne.
38. Conditions de ce droit.
39. Décadence des garennes au treizième siècle.
40. Leur réprobation générale; conséquences.
41. Leur destruction presque absolue au quatorzième siècle.
42. Les feudistes du seizième siècle avaient complètement oublié la nature des garennes primitives.
43. Causes de cet oubli; garennes du droit nouveau.
44. Sens et signification des garennes coutumières.
45. Droit de pêche appartenant aux seigneurs par suite de réserves conventionnelles.
46. Considérations générales sur la double cause à laquelle se rattachait le droit seigneurial.
47. Le droit de garenne ne pouvait dériver d'un contrat.
48. Les droits de garenne étaient des droits de justice, et les droits réservés des droits de fiefs; nécessité de rechercher ce qu'étaient le fief et la justice.

30. C'est relativement à la pêche que les droits du seigneur sur

les petites rivières sont le plus explicitement exprimés. Les textes coutumiers qui constatent ces droits sont les suivants :

Montargis, ch. VI, art. Ier: « Estangs et *rivières portant garennes* sont deffendus, et qui y pêche sera puni comme de » larcin. »

Anjou, art. 192 : « Si le sujet pêche les étangs ou *deffaix de* » *son seigneur*, il fait amende arbitraire. »

Troyes, art. 179: « En eaues et *rivières bannales*, si aucun y » pêche sans le congé de *son seigneur*, il y a amende de 60 » sols. »

Chaumont, art. 110 : Même texte.

Maine, art. 210 : « Si le subjet pesche les étangs ou *deffais*, » *rivières ou ruisseaux defensables de son seigneur*, il fait son » meuble de 60 sols d'amende. »

Bourgogne, ch. XIII, art. 2 : « L'on ne peut avoir usage en » bois et *rivière bannale* d'autrui, sans avoir titre ou payer re- » devance. »

Vitry, art. 121 : « Et où aucun serait pris peschant *en rivière* » *bannale*, et il n'aurait congé ou permission de ce faire, l'amende » serait de 60 sols. »

Nivernois, chap. XVI, art. Ier : « On ne peut tenir rivière en ga- » renne et défense, s'il n'y en a titre ou prescription suffisantes.

» Art. 2. L'on ne peut avoir usage en rivière bannale d'au- » trui, ni droit pétitoire ou possessoire par quelque laps de temps » qu'on en ait joui, sans avoir titre ou payer redevance.

» Art. 3. Si aucun pêche en eaux ou rivières bannales sans le » congé du seigneur ou de son fermier, il y a amende arbitraire » avec restitution du poisson pour chacune fois. »

Ces textes sont les seuls qui, relativement à la pêche, attribuent un droit aux seigneurs sur les petites rivières ; c'est à ces dispositions que quelques auteurs anciens et nouveaux rattachent la propriété qu'ils supposent à ceux-ci ; hâtons-nous de faire remarquer, que, de toutes celles qui concernent les eaux courantes, il n'en est pas de plus formelles, et que la prétendue maxime qu'il s'agit d'examiner n'a pas de fondement plus positif.

A quoi se réduisent ces textes, au premier abord? A nous faire connaître que, dans le territoire régi par les coutumes qui les contiennent, il existait des rivières dites *en garenne*, *bannales*, *dé-*

fensables ou *deffaix*, dans lesquelles il n'était pas permis de pêcher. Mais ces coutumes ne disent pas que toutes les rivières eussent ce caractère, et que la prohibition s'étendit à d'autres. Quatre d'entre elles seulement supposent que le droit de pêche appartenait au *seigneur*. Que faut-il entendre ici par le mot seigneur? Est-ce le propriétaire du fief que baigne ou traverse la rivière en garenne? Est-ce le seigneur dominant, ou le seigneur justicier? Si l'on devait interpréter cette expression par la coutume de Bourgogne, la prohibition se réduirait à interdire la pêche dans les rivières *bannales* ou *défensables* appartenant à *autrui*.

31. Il est évident que le véritable sens de ces textes ne peut être complètement compris tant qu'on ne connaîtra pas exactement celui des mots qu'ils emploient. Qu'est-ce qu'une rivière en *garenne*, *bannale* ou de *deffaix*? Rien n'est moins satisfaisant que la réponse des commentateurs coutumiers sur ce point.

Ragueau, dans son glossaire, définit la rivière *bannale*: « celle » qui appartient au seigneur. »

Suivant la plupart des commentateurs, les mots *deffens*, *deffaix*, *défensables*, expriment l'interdiction de pêcher.

Quant au mot *garenne*, tous les feudistes postérieurs aux coutumes répondent unanimement qu'une garenne est un lieu où l'on élève des lapins. Quelques-uns ajoutent, en présence des textes sustranscrits, qu'il existe aussi des garennes *à eau*. Mais que sont ces dernières? Quel droit les régit? Pourquoi forment-elles une disposition expresse dans la loi coutumière? Aucun ne l'explique ou ne cherche à l'expliquer.

Cependant ils savent tous que la matière des garennes tient une place considérable dans la législation des deux premières races et dans la jurisprudence des douzième et treizième siècles. Tous ou presque tous citent à ce sujet les capitulaires, des ordonnances, des arrêts des parlements, des actes nombreux recueillis parmi les chartes les plus importantes, et dans lesquels figurent, d'une part les rois ou les chefs de provinces, et de l'autre les populations; les premiers renonçant à leurs droits de *garenne*, ou les réclamant avec insistance; les seconds stipulant leur abandon, les rachetant au prix de redevances onéreuses, ou contestant

leur légitimité avec une opiniâtreté qui témoigne combien ces droits étaient pour eux chose grave et autrement sérieuse que le dommage occasioné par des lapins.

Néanmoins, aucun de nos légistes ne songe à rechercher la cause véritable de tous ces monuments de lutte et de législation. Depuis Boërius jusqu'à Lapoix-Fréminville, ils ne voient tous dans les garennes que les terriers ou les *refuges à connils*, dont en effet parlaient un grand nombre de coutumes modernes, sous le nom de *garennes*; à leurs yeux, c'est seulement contre les lapins qu'ont été rendues les lois, les ordonnances et les arrêts auxquels évidemment s'attachaient des intérêts puissants. Pour donner quelque vraisemblance à ce système d'interprétation, ils exagèrent jusqu'à l'absurde les ravages que ces petits animaux peuvent causer, attestant, selon leur usage, les récits fabuleux des poètes et des historiens romains.

C'est donc ailleurs que dans les ouvrages des jurisconsultes des dix-septième et dix-huitième siècles qu'il faut chercher l'intelligence de ces documents qui doivent nous expliquer le véritable sens du mot *garenne* dans les coutumes sustranscrites. Il est manifeste que les commentateurs n'avaient pas à cet égard une idée juste et vraie. Ignorant la cause réelle des droits que les coutumes attribuaient aux seigneurs, et de la prohibition faite aux sujets de pêcher dans les rivières bannales, ils ne pouvaient connaître exactement ni le caractère des droits, ni celui de la prohibition.

C'est aux évènements contemporains de l'invasion germanique, aux lois barbares, et aux registres des arrêts du parlement de saint Louis, mais dégagés des préjugés d'histoire ou de doctrine dont les légistes modernes étaient imbus, qu'on doit demander l'interprétation de ces textes, et par suite la nature des droits seigneuriaux sur les rivières. C'est à cette source sainement comprise et là seulement qu'on peut puiser des enseignements satisfaisants. Si je ne me trompe, nulle étude ne jette plus de lumière sur les institutions féodales, sur leur origine et sur leurs éléments, que l'histoire des garennes et du droit qui s'y rattache.

32. Les mots rivière en *garenne*, rivière en *deffaix*, rivières *bannales*, n'ont qu'une seule et même signification ; le rappro-

chement des textes coutumiers suffit pour faire reconnaître la valeur commune de ces expressions ; elles signifient également la défense faite au propriétaire d'une rivière d'y pêcher, et la réserve exclusive de ce droit au seigneur du territoire dans lequel se trouve le fief auquel cette rivière appartient.

Les eaux n'étaient pas seules à comporter l'interdiction des *garennes ;* les terres pouvaient en être également frappées. La défense avait alors la chasse pour objet.

La chasse et la pêche étaient comprises sous la même prohibition ; dans la législation coutumière, leur exercice a subi le même droit, ayant la même cause et parcourant les mêmes vicissitudes. Le droit de chasse et le droit de pêche n'ont été qu'une seule et même chose. La connaissance exacte de la nature de l'un et de l'autre ne permet pas de les séparer dans le sort que leur ont fait les lois abolitives du régime féodal (1).

La chasse et la pêche étaient le goût dominant des races germaines; c'est celui de toutes les nations barbares. Les Francs, vainqueurs, regardèrent comme un des plus précieux profits de la conquête la facilité de satisfaire leur passion. D'immenses régions furent réservées à la chasse et à la pêche du roi et des officiers; on peupla ces régions d'animaux sauvages, avec défense de les détruire. Bientôt la culture y dut être abandonnée ; les arbres et les broussailles y poussèrent, et de là ces bois si nombreux qui, sous les deux premières races, couvraient le sol de la France.

Ces espaces, frappés d'interdiction et de stérilité par la puissance armée, furent désignés sous le nom de *foresta*, *foreste*, *forestis* (2). On diffère sur l'étymologie de ce mot; mais on convient que dans son origine il exprimait l'interdiction ou la défense qui privait du droit de chasse ou de pêche les populations vaincues.

Ce que le roi des Francs faisait dans ses immenses domaines, ses comtes et ses fidèles durent le faire dans les terres confiées à

---

(1) J'ai examiné particulièrement le droit de garenne, sous le rapport de la chasse, dans mon commentaire sur la loi du 3 mai 1844.

(2) Ducange, *hoc verbo*.



leur administration ou tombées dans leur part de conquête. L'établissement des forêts se retrouve en effet jusque dans les simples seigneuries, mais sur une échelle nécessairement plus petite et recevant le nom de *garenne*.

Le mot de *garenna* ou *warenna*, dérivé du germain *waren* (défense) (1), avait la même signification que le mot *forestella*, diminutif de *foresta*, et par conséquent la même valeur originaire que ce dernier. On lit dans une charte de 1209: *Forestella illa quæ garenna vocatur, priori de Pargis extra partem meam et successorum meorum comitum Campaniæ, libera remanebit.*

Les garennes, étant nécessairement moins étendues, ne permettaient pas le même genre de chasse que les forêts. Celles-ci étaient peuplées de bêtes féroces ou de grande espèce, telles que les ours, les buffles, les loups, les cerfs, qui ne pouvaient vivre que dans les bois; les autres recevaient des animaux plus petits, tels que les lièvres, les lapins, les perdrix, les faisans. Une charte d'Édouard III statue sur la question de savoir si les chevreuils sont bêtes de *forêt* ou de *garenne*, et, de l'avis de ses seigneurs hauts justiciers, le roi décide que le chevreuil est un animal de garenne et non de forêt : *Videtur tamen justitiariis et consilio dom. regis, quòd caprioli sunt bestiæ de warennâ et non de forestâ* (2).

33. Nous verrons plus tard les coutumes désigner indifféremment sous le nom de *garenne* ou de *défens* les lieux où le seigneur s'était réservé le droit de chasse ou de pêche, et déjà les explications données à cet égard font assez connaître la synonymie de ces expressions. Le mot bannal exprimait absolument la même idée. C'était en effet par un ban, *banno*, que le seigneur frappait d'interdiction le territoire de ses vassaux ; nous possédons sur ce point les renseignements les plus positifs. Suivant Ducange, le mot *bannum* s'entendait principalement d'un ordre prohibitif: *Dudo, lib.* 2, *de actis Norman.* : *In terrâ suæ ditionis*

---

(1) Delalande, tit. VII de la coutume d'Orléans, tire la signification du mot garenne d'une épigramme de Martial.

(2) Ducange, v° *Warenna*.

bannum, *id est interdictum*, *misit*, *quod est prohibitio*, *ut nullus*, etc.

Ce mot s'appliquait particulièrement aux prohibitions constitutives des *forêts* et *garennes* (1) : on le trouve avec cette signification précise dans une charte de Charlemagne, également citée par Ducange : *Si quisquam hoc idem nemus nostro banno munitum studio venandi introivit*, etc.

Le *bannum* se publiait pour que chacun en eût connaissance, et de là vient que le même mot comporte également la publication et la défense. *Quid si fecit inhiberi*, *id est apponere bannum?* dit Jean Faber, *in Instit. de rer. divis.*, § *Feræ*, en parlant de l'établissement des garennes. Jean Saimson, sur l'ancienne coutume de Tours, tit. v, art. 1 : *Et dicit cardinalis Alexander quòd domini terrarum proclamari facere solent ne quis in finibus suis venetur.* Et Pontanus sur Blois, tit. II, art. 5, § 2 : *Quo fit ut baronus et domini possint, ut vocant, proclama mittere ne in suo territorio quisquam venetur.* Enfin, Chassaneus, sur la coutume de Bourgogne, titre *Des forêts et des rivières*, rub. 13, § 2, n. 13, explique plus clairement encore le sens de la qualification de bannale, appliquée aux rivières : *Hodiè sunt piscariæ et defensa in multis locis fluminum*, *quod jus habent domini terrarum*, *scilicet prohibendi hominibus ne habeant piscari*, *ex consuetudine regni Franciæ ; et isto modo flumina et sylvæ sunt* bannalia.

34. Les prohibitions bannales comprenaient à la fois la chasse et la pêche, car les seigneurs se livraient à l'un et à l'autre exercice avec la même ardeur (2). Le droit de *forêt* comme celui de *garenne* frappait en conséquence également les terres et les eaux ; je transcris Ducange, v° *Foresta : « Foreste*, *forestis*, vivarium

---

(1) La valeur générale du ban seigneurial sera expliquée au chapitre des justices, n° 120.

(2) Et nulles gens en tout le mont
Si volontiers kacier ne vont
Ne en rivière, comme François,
Et ores fut toujours ainçois,

dit un vieux poète cité par Ducange, v° *Foresta.*

» piscium. *Charta Childeberti regis, abbatia S. Germani pari-
» siensis :* Has omnes piscationes quæ sunt et fieri possunt in
» utrâque parte fluminis, sicut nos tenemus, et *nostra forestis
» est*, tradimus ad ipsum locum, etc. *Charta Caroli C. pro mo-
» nasterio S. Dyonis* : Pari etiam voto adtribuimus in *forestam
» piscationis* atque venationis. *In aliâ*, foresta aquatica *dicitur.
» Carolus M. in capit. de forestis*, ut forestarii bene illas de-
» fendant, simul custodiant *bestias et pisces*, etc. *Adde capit.* II,
» *an.*813, *c.* 19. *Charta Caroli C. forestam piscium* in aquâ a
» ponte Divionis castri usque ad Rociacum, etc. *Charta Zuen-
» teboldi regis :* Concessimus nostram *piscationem in forestâ
» nostrâ super fluvium Mosellæ*, etc. *Aliàs Gaufredi Melden-
» sis an.* 1211 : Conquerebantur quòd comitissa volebat facere
» *forestam in aquâ* de Nongento. »

Et sous le mot warenna : « *In liberâ warennâ non modò
» feræ sed et pisces continentur, ut ex Watzio observatum.
» Tabularum S. Bertini, an.* 1186 : *de interclusionibus aqua-
» rum meatuum, aquarum ejusdem ecclesiæ, quæ vulgo*
» waren *dicuntur.* »

Dutillet, *Recueil des rois de France*, p. 212, fait également observer que le mot forêt s'entend des eaux et des bois : « Faut
» pour ce entendre que le mot *forest*, vieux bas-allemand, con-
» venait aussi bien aux eaux que bois, signifiant *deffens.* »

Souvent la *forêt* ou *garenne* n'avait pour objet que la pêche ou le cours d'eau dans lequel on pouvait l'exercer : une charte du comte Thibaud, de l'an 1224, citée par Pithou, sur l'art. 176 de la coutume de Troyes, porte : *Totam aquam quæ vocatur foresta, quæ sita est juxta S. Theobaldum, et omne jus ejusdem aquæ.* Plusieurs des citations de Ducange transcrites tout à l'heure prouvent le même fait.

Un arrêt rapporté aux *Olim*, t. Ier, p. 105, n° 5, le montre dans une plus grande évidence. « Cum contentio verteretur inter
» homines de We..., ex unâ parte, et Radulphum et Manasserum
» de Stratis, milites, ex alterâ, super eo quod ipsi milites et
» eorum antecessores, per violenciam, fecerant unam garennam
» novam apud We... super eo quod ipsi homines, ut dicebant, usi
» fuerant ab antiquo PISCATURA RIVULORUM de We..., videlicet
» à vivario de Waluz, quam piscaturam ipsi milites et eorum

» antecessores usurpaverant... petebant præfati homines compelli ipsos milites ad amovendam garennam prædictam, de novo usurpatam... (1). »

Voici une autre espèce, dans laquelle nous trouvons à la fois la garenne de chasse et de pêche; le procès s'élève entre un chevalier, Stephanus Crispinus, et le bailli de Gisors; celui-ci prétendait que le roi *habebat garennam* dans le fief du premier; celui-là soutenait au contraire y avoir droit de chasse et de pêche, droit dont son père avait été injustement et violemment dépouillé par le comte de Néaufle, prédécesseur du bailli, disant: « ...*Quod ipse comes patri dicti Stephani dictam venacionem, aquarum piscationem impedivit et totam terram patris ipsius Stephani, cum piscatoribus et venatoribus, per vim suam et injustè impedivit et taliter spoliavit... inventum est melius probatum pro dicto Stephano quod dicta chacia uti debeat* (2). »

35. C'était sur les terres de leurs sujets, et non dans leurs propres domaines, que les seigneurs avaient le droit de garenne.

L'immense étendue des régions soumises au droit de forêt ne permet pas de supposer que ce droit ne frappât que les propriétés du seigneur; l'histoire nous apprend d'ailleurs que des populations nombreuses furent chassées de leurs possessions et même de leurs demeures par suite de l'établissement des forêts; c'est à ce fait que se rapportent les traditions existant dans la plupart de nos provinces sur l'origine des bois qui les couvrent. Suivant Hévin (3), « Guillaume-le-Bâtard, duc de Normandie, ruina vingt-six paroisses de cette province pour y faire une forêt de trente lieues. » La forêt nantaise, qui s'étendait de Nantes à Clisson,

(1) Trad. : « Le procès s'élevait entre les hommes du territoire de We..., d'une part, et Nadulphe et Manasser de Stratis, chevaliers, de l'autre, sur ce que lesdits militaires et leurs prédécesseurs avaient nouvellement frappé de garenne le territoire de We..., que lesdits hommes prétendaient, au contraire, avoir de tout temps joui de la pêche dans les ruisseaux de We..., depuis la rivière de Waluz. Ceux-ci demandaient, en conséquence, que lesdits chevaliers fussent obligés de lever ladite garenne nouvellement établie. »

(2) *Olim*, t. 1, p. 348, n° 1; *Enquêtes*, 1270.

(3) *Questions féodales*, p. 211.

à Machecoul et à Princé, fut également établie sur les ruines de nombreux villages, pour que le duc de Retz pût se rendre, en chassant, d'un de ses châteaux à l'autre (1). Les rois normands introduisirent cet usage en Angleterre (2), et les historiens contemporains en font de lamentables récits; je transcris Ducange: « Willelmus Notus, TERRAM, ut ait Gualterus Mappeus, vetus » scriptor apud Camdenum in Britannia, Deo et hominibus ab» stulit ut eam dicaret feris et canum lustris, a qua 36 matrices » ecclesias extirpavit et populum earum dedit exterminio. » Brompton, de Notho : In sylva venationis quæ nunc nova foresta » vocatur, villas et ecclesias plures eradicari, gentem extirpari » et a feris habitari fecit. Et infrà de Rufo: Ad novam regiam » forestam, anglicè Ithene dictam, quam pater suus Willelmus » Bastardus, hominibus fugatis, desertis villis, et subreptis ec» clesiis, per 30 et eo ampliùs milliaria in saltus et lustra fera» rum redegerat, etc. (3). »

Les garennes ne comprirent pas des provinces entières; néanmoins elles s'étendirent sur de vastes possessions et sur des biens de toute espèce; moins destructives que les forêts, elles n'entraînaient pas nécessairement la ruine des populations, l'abandon des terres et la dévastation du sol, mais elles nuisaient considérablement à l'agriculture (4), et restreignaient le droit du pro-

---

(1) Voyez l'*Histoire de Nantes*, par l'abbé Travers, p. 216.

(2) Suivant les constitutions du roi Canut, tous les propriétaires avaient le droit de chasser librement dans l'étendue de leurs terres. Spelman, *Gloss.*, p. 140 et suiv. ; Wilkin, *Leges saxonicæ*.

(3) Trad. : « Guillaume-le-Bâtard, suivant le récit de Gualterus Mappens, » ancien historien breton, enleva la terre à Dieu et aux hommes pour la livrer » aux bêtes sauvages et au parcours des chiens, détruisant ainsi trente-six pa» roisses ecclésiastiques et exterminant leur population. Suivant Brompton, dans » le bois de chasse qui s'appelle aujourd'hui forêt nouvelle, le même prince » ordonna d'incendier plusieurs églises et villages, d'en chasser les habitants et » de les peupler de bêtes sauvages. Et plus loin, de Guillaume-le-Roux : Vers » cette nouvelle forêt royale, en anglais dite Ithene, que son père Guillaume-le- » Bâtard, après en avoir expulsé les habitants, dépeuplé les villages et pillé les » églises, réduisit dans l'espace de trente et quelques milles en forêt et en habi» tation de bêtes sauvages, etc. »

(4) Plusieurs arrêts des *Olim* parlent de la prohibition de cultiver dans une garenne.

priétaire. Aussi furent-elles la source de nombreux procès entre les seigneurs et les vassaux, aussitôt que ces derniers purent recourir à la justice royale. Le registre des *Olim* contient une foule d'arrêts sur le sujet des garennes; l'exposé de la contestation fait voir qu'il s'agissait de garennes appliquées sur les terres d'autrui, le plus souvent fort étendues, et comprenant des fiefs, des censives, des communautés, des vignes, des jardins, des villages, etc. Quelques espèces puisées dans ce recueil jetteront un jour suffisant sur cette vérité.

En 1260, procès entre Simon de Nigelle, seigneur (*dominum*) et plusieurs autres chevaliers ou écuyers, au sujet d'un droit de garenne prétendu par le premier sur les fiefs des seconds; les terres soumises au litige sont détaillées par leurs tenants et aboutissants, et comprennent un vaste territoire; chacun des défendeurs donne la description du domaine sur lequel il conteste le droit de garenne au seigneur de Nigelle. Je ne transcris ici que le détail de l'un d'eux: « Cæterum dicebant ipsi milites et armi» geri (les défendeurs à la réclamation du droit de garenne) quòd » à nemore de Rovroy usque ad nemus quod vocatur les Con» chies de Cavaignes, in omnibus terris arabilibus quæ sunt in» ter dicta nemora de Rovroy et des Conchies, usque ad rivum » aquæ quæ vocatur Verse; item in omnibus nemoribus quæ vo» cantur les Conchies de Cavaigne et de Gratoil, et nemoribus » Petri de Kilescort, et nemore bastardi de Mollencort, et ne» more Rabondi, militis, et nemore quod dicitur le Fretoy, et ne» more quod dicitur les Conchies sancti Clementis, et à dictis ne» moribus in omnibus terris arabilibus et possessionibus sitis in» ter dicta nemora et aquam quæ dicitur Verse, excepto molen» dino de Tyllemort, cum septem sexiacatis terræ vel circiter si» tis circa dictum molendinum; item à nemore quod vocatur les » Conchies sancti Clementis in terris arabilibus et nemore quod » dicitur Cauda de Buchy et aliis terris arabilibus et possessio» nibus usque ad plancham de Meve, de novo protenderat idem » dominus Simon (le demandeur) garennam suam; quod negavit » idem Simon, dicens quod avunculus suus dicta loca custodivit, » tanquam garennam suam, suis temporibus, et prohibuit omnes » venari, maximè autem ad grossas bestias; quod negavit pars » adversa...... Tandem per inquestam inde factam, de mandato

» domini regis per supra dictos inquisitores, non est probatum » quod idem dominus Nigelle intenderit seu protenderit garen- » nam suam, sed est probatum quòd dominus Nigelle custodivit » loca supra ostensa, de quibus est contencio, tanquam garen- » nam (1). »

Cette pièce prouve clairement que le droit de garenne s'exerçait sur les terres d'autrui. Une foule d'autres arrêts justifient la même observation; on trouve dans la plupart une distinction fort importante et qu'il est utile de constater. Le droit appartenant ou laissé au propriétaire dans son domaine propre s'appelle *jus chaciandi et piscandi*; mais celui que s'est attribué le seigneur sur les terres étrangères est constamment désigné sous le nom de *garenna* ou *jus garennæ*. Ainsi la chasse et la pêche appartenaient tantôt au possesseur, tantôt au seigneur, et le nom de garenne indiquait proprement le droit de ce dernier. Un arrêt rapporté aux *Olim*, t. 1, p. 968, n° 12, justifie pleinement cette distinction. Le procès s'élève entre Adenet de l'Isle, écuyer, et les moines de Saint-Martin, *super garennâ quam dictus Adenetus dicebat se habere in terris, ortis et vineis dictorum ab-*

---

(1) Trad. : «Les chevaliers et écuyers disaient que depuis le bois de Ro- » vroy jusqu'au bois qu'on appelle les Conchies de Cavaigne, sur toutes les ter- » res arables qui sont entre lesdits bois de Rovroy et des Conchies, jusqu'au » ruisseau nommé Verse; de même sur tous les bois nommés les Conchies de » Cavaigne et de Gratoil, et les bois de Pierre de Kilescort et le bois de Bastard » de Mollencort, et le bois nommé le Fretoy, et le bois nommé les Conchies de » Saint-Clément, et depuis lesdits bois sur toutes les terres arables et les pos- » sessions situées entre lesdits bois et l'eau qu'on nomme Verse, excepté » le moulin de Tyllemort et sept setiers de terre ou environ situées autour » dudit moulin; de même, depuis les bois des Conchies de Saint-Clément sur les » terres arables et le bois dit Cauda de Buchy et les autres terres arables et pos- » sessions jusqu'à la planche de Meve, le sieur Simon avait nouvellement étendu » sa garenne; ce que le même Simon contesta, disant que son oncle avait joui » desdits biens comme garenne pendant sa vie, et avait empêché d'y chasser, » surtout à la grosse bête, ce que la partie adverse a contesté... Enfin, par l'en- » quête faite sur ce point par l'ordre du roi et par lesdits enquêteurs, il n'a pas » été prouvé que ledit seigneur de Nigelle ait étendu sa garenne, mais il a été » établi, au contraire, que ledit seigneur de Nigelle a joui des lieux litigieux à » titre de garenne. »

batis et conventûs. Ces derniers niaient l'existence du droit de garenne; *dicebant quòd infra dicta usi fuerant diù, ipsi et alii* (les autres possesseurs) *pacificè, scientibus et videntibus Adeneti gentibus* CHACIARE. Le résultat de l'enquête fut *quòd monachi et plures alii indistinctè chaciaverunt, infrà dicta loca, cum cornu, clamore et canibus, usque ad motam contencionem, et ex parte dicti Adeneti, non est probatum quòd habeat ibi garennam.*

Rien enfin n'est plus propre à faire connaître l'origine et la nature du droit de garenne que le procès suivant:

« Cum contencio esset inter dominum Johannem de Moy, mi» litem, ex unâ parte, et hospites suos, ex alterâ, super eo quòd » idem Johannes volebat habere garennam per vim suam in vi» neis, bladis et jardinis eorum, licet non habeat baroniam vel cas» tellaniam in villâ prædictâ. Imò dicunt dicti hospites quòd do» minus Droco de Moy, pater ipsius Johannis, per potenciam » suam levavit ipsam garennam, et postmodùm, vocatis coram se » ipsis hospitibus, requisivit eos quòd darent ei quinquaginta li» bras parisienses, ut ipse amoveret in perpetuum garennam præ» dictam, et hoc ipsis juravit. Ipsi verò propter hoc dederunt » eidem quinquaginta libras prædictas, quas detulit in Albigesio, » ut dicitur. Et postmodùm cum redisset de Albigesio, idem Dro» co, per vim suam, iterum levavit ipsam garennam, volens ipsis » reddere pecuniam suam quam recipere noluerunt, petentes » instanter ab ipso quòd conventiones suas teneret eisdem, et » adhuc ipsum Johannem filium suum super hoc requirebant: » per inquestam inde factam, de mandato curie, per præpositum » sylvanectensem, ad quam idem Johannes nec interesse, nec » mittere voluit, super hoc requisitus, probata sunt præmissa; » cadat ipsa garenna de Moy (1). »

---

(1) *Olim*, t. 1, p. 83, n° 16; *Enquêtes*, 1259. Trad.: « Le procès s'élevait » entre le seigneur Jean de Moy, chevalier, d'une part, et ses hôtes, de l'au» tre, sur ce que ledit Jean voulait constituer une garenne, par violence, sur » les vignes, blés et jardins de ceux-ci, quoiqu'il ne possède ni baronnie, ni » châtellenie dans le village précité. Bien plus, lesdits hôtes soutiennent que le sei» gneur Drocon de Moy, père dudit Jean, constitua cette garenne par sa puissance,

36. Les documents qui précèdent expliquent suffisamment l'origine du droit de garenne et la source des bannalités dont quelques rivières étaient encore frappées au seizième siècle; ces faits, dont l'authenticité ne saurait être contestable, nous révèlent le caractère des droits que les seigneurs s'étaient arrogés ou qu'ils étaient parvenus à faire conserver dans plusieurs coutumes.

L'établissement des premières garennes ne fut que la continuation des ravages de la conquête, mais plus odieuse, peut-être, que les incendies et les meurtres de l'envahissement; le soldat qui dévaste les récoltes et fait périr les habitants des pays où il pénètre les armes à la main trouve une excuse dans la nécessité de la guerre et les dangers que lui-même a courus; mais lorsque les peuples vaincus ont déposé la résistance, et que des traités ont permis aux vainqueurs de jouir des fruits de leurs conquêtes, l'abus de la force au préjudice des populations qui ne se défendent plus est un fait tyrannique dont le temps et la possession ne sauraient légitimer les conséquences.

Que les premiers établissements de garennes, de forêts et de toutes espèces de bannalités, aient été le résultat de la violence, c'est ce qu'il est bien inutile de chercher à démontrer: le droit n'engendre pas la désolation dont les histoires nous ont retracé l'image; les monuments judiciaires du treizième siècle nous représentent encore la force et la violence comme la cause la plus

---

»et ensuite, ayant appelé devant lui les hôtes, il leur demanda cinquante li»vres parisiennes, moyennant quoi il renoncerait à ladite garenne, et il leur »en fit le serment. Eux donc, par ce motif, lui comptèrent les cinquante livres »susdites, qu'il emporta dans l'Albigeois, ainsi qu'il fut raconté. Mais, après »son retour de l'Albigeois, le même Drocon leva de nouveau la garenne, par »violence, offrant de rendre leur argent, ce qu'ils n'ont pas voulu accepter, »demandant avec instance que la promesse qui leur avait été faite fût remplie, et »réclamant aujourd'hui la même chose de son fils. Par enquête faite d'après »les ordres de la Cour, par le prévôt de Senlis, à laquelle Jean ne voulut pas »assister, ni envoyer personne pour lui, les allégations susénoncées ont été »justifiées; que la garenne de Moy soit supprimée.»

Il est à remarquer que Jean de Moy ne comparut pas devant le parlement, ni personne pour lui, comme la plupart des seigneurs, affectant de méconnaître la justice du roi.

ordinaire des garennes contre lesquelles les vassaux réclamaient devant les tribunaux du roi. Dans le dernier exemple, un seigneur, Jean de Moy, militaire, *miles*, après avoir établi par abus de sa position, *per potenciam suam*, une garenne sur les vignes, les blés et les jardins de ses hôtes, *hospites suos*, et obtenu d'eux une somme considérable sous la promesse d'y renoncer, la rétablit par violence, *per vim suam iterùm levavit*, malgré la foi du serment, *hoc ipsis juravit*.

Dans le plus grand nombre des procès, les mêmes causes sont attribuées à l'établissement de la garenne contestée: *quod dicti milites violenter sibi appropriaverunt* (p. 105, n. 5, ann. 1260). *Quia garenna fuit allevata per Galterum de Tornan, servientem domini regis, et per vim suam, cadat garenna* (p. 178, n. 2, ann. 1263). *Quod comes patri venationem et aquarum piscationem impedivit, per vim suam et taliter spoliavit* (p. 348, n. 1, ann. 1270).

Dans ces divers exemples on doit remarquer que les auteurs des nouvelles garennes sont des militaires, *milites*, *armigeri*, *baillivi*, *servientes regis*; ces qualités font connaître la nature de l'abus.

Conquerebantur homines de Balegniaco, quòd Petrus de Balegniaco, armiger, EFFORCIABAT *eos, propter garennam suam, quæ erat de novo levata; per inquestam inventum est quod ipsa garenna fuit facta et levata à viginti quinque, vel viginti sex annis citrà...* (p. 90, n. 10, ann. 1250). Dans cette espèce, comme dans les précédentes, l'abus vient d'un homme d'arme; mais on doit la remarquer particulièrement, d'abord à cause de l'énergie du mot *efforciabat eos*, qui caractérise singulièrement l'établissement de la garenne; ensuite, à raison de la date attribuée à cet établissement: cette date prouve d'une part que les seigneurs cherchaient encore à constituer des garennes là où il n'en existait pas, même au treizième siècle; et, de l'autre, que la justice royale était une chose nouvelle, puisque les vassaux opprimés avaient dû souffrir vingt-cinq ans sans avoir à qui porter utilement leur réclamation.

Enfin, dans un dernier exemple, la cause de la spoliation est particulière et plus odieuse: *Hæredes Joannis le Boteiller de Cana Pavila petunt piscariam de Bonchevilla sibi reddi, eò*

quòd Nicholaus de Montignie, tempore quo erat baillivus in Normannia, dessaisivit seu spoliavit dictum Johannem èdictâ piscariâ, eò quòd dictus Johannes noluit consentire quòd dictus Nicholaus carnaliter cognosceret, in adulterio, quamdam neptem uxoris ejusdem Johannis, quæ erat in domo dicti Johannis (p. 302, n. 1, ann. 1260).

Il est inutile de faire observer que les articulations des plaignants n'ont pas été toujours judiciairement prouvées ; elles pouvaient néanmoins être vraies, et la justification de celles qui ont été constatées légalement suffit pour nous apprendre que si l'établissement des nouvelles garennes, dans le treizième siècle, comme dans le huitième, avait pour moyen le plus ordinaire l'abus de la force et de la puissance, il avait aussi pour caractère et pour effet, dans l'une et l'autre époque, la violation du droit de propriété.

37. Avant d'acquérir le caractère de droit, aux yeux des populations, les forêts et garennes existèrent longtemps à l'état de fait brutal et violent ; les propriétaires du sol protestèrent par tous les moyens que peut employer le vaincu. C'est principalement à cette cause que se rattachent ces révoltes continuelles qui, jusqu'au onzième siècle, caractérisent les relations de la population agricole avec les seigneurs. Nous choisissons un exemple où le motif des troubles est clairement désigné : « Tandis que le » jeune duc Richard abondait en vertu et honnêteté, il arriva que, » dans son duché de Normandie, s'éleva une semence de discor- » des pestilentielles; car, dans tous les diverses comtés de la patrie » normande, les paysans se rassemblèrent en plusieurs conven- » ticules, et résolurent unanimement de vivre selon leurs capri- » ces, déclarant que, *sans s'embarrasser de ce qu'avait défendu* » *le droit établi sur le profit à faire dans les* FORETS ET LA JOUIS- » SANCE DES EAUX, *ils se gouverneraient suivant leurs propres* » *loix;* et, pour qu'elles fussent confirmées, chaque troupe de ce » peuple furieux élut deux envoyés qui devaient se réunir en as- » semblée générale au milieu des terres, pour y ratifier ces lois. » Lorsque le duc apprit ces choses, il envoya aussitôt vers eux le » comte Rodolphe, avec une multitude de soldats, pour compri- » mer cette férocité agreste et dissiper cette assemblée rustique.

» Celui-ci, ne tardant pas à obéir, s'empara de tous les envoyés
» et de plusieurs autres, et, leur ayant fait couper les mains et les
» pieds, il les renvoya hors de service aux leurs, afin qu'ils les
» détournassent de plusieurs choses, et que par leur expérience
» ils les rendissent prudents de peur qu'il ne leur arrivât pire.
» Les paysans, instruits de la sorte, et renonçant sur-le-champ à
» leurs assemblées, retournèrent à leurs charrues (1). »

Ainsi les horribles mutilations dont ces malheureux paysans furent victimes sont la première sanction du droit de garenne ; longtemps ce droit n'en eut pas d'autre. Les peines attachées par les rois de race normande à la violation de leurs deffens portent le même caractère d'atrocité : « *Si quilibet*, dit Mathieu Pâris (2), *in fraude venationis deprehensi fuissent, eruebantur oculi eorum, abscidebantur virilia, manus vel pedes truncabantur.* »

Cependant, à mesure que les temps de la conquête s'éloignèrent, les mœurs s'adoucirent ; l'extermination cessa d'être un moyen de dominer. D'ailleurs les inféodations placèrent une grande partie des subdivisions de la propriété du sol aux mains des militaires (3) ; le pouvoir du seigneur sur ses sujets s'affaiblit d'autant que la résistance fut plus capable et plus efficace. Toutes ces causes modifièrent la rigueur des *deffens*, et leur possession, moins odieuse, put se convertir en un droit dont on eut toujours à souffrir, mais auquel on finit par se faire et s'habituer.

Les établissements de saint Louis consacrent formellement le droit de garenne : « Hons coustumiers si fet soixante sols
» d'amende, se il brise la sesine son seigneur, ou il chace *en ses*
» *garennes*, ou il pesche en ses étangs, ou *en ses defois* (def-
» fens) (4). » Une ancienne coutume de France, citée par Ducange, v° *Feudum*, faisait de la violation d'une garenne un cas de

(1) Guillaume de Jumiéges, *Histoire des Normands*, liv. v, ch. II, traduction de M. Guizot.

(2) Ducange, v° *Foresta.*

(3) Ce fait est constaté par plusieurs espèces rapportées ci-dessus.

(4) Chap. CL ; *Ordonnance du Louvre*, t. 1, p. 231.

commise : « Le vassal perd son fief, quand par mal talent il met » la main sur son seigneur à tort, se il arme contre lui, se sans » congié il pêche en ses étangs, et où il chasse en sa garenne. »

Déjà la civilisation a fait d'immenses progrès : la commise et l'amende de 60 sous ont remplacé les cruautés des seigneurs du dixième siècle. Un arrêt de 1270, rapporté par Guénois (tome II, p. 344), déclare également amendable celui qui prend cerf ou biche au lieu où il y a garenne. Enfin, dans les nombreux procés insérés au registre des *Olim*, la garenne est considérée comme un droit légitime, ayant le même caractère que le droit de corvée, de moulin bannal ou tout autre élément de la puissance seigneuriale.

38. Cependant la reconnaissance et le maintien du droit de garenne étaient soumis à la condition d'une possession immémoriale. C'est sur ce point que portent toutes les contestations rappelées aux *Olim* ; toutes les fois que le prétendant droit ne justifie pas d'un long usage, *per se et suos prædecessores*, la déchéance est ordonnée.

Cette règle remontait aux ordonnances des rois de la seconde race. Dès que l'invasion eut cessé et que la conquête eut pris un caractère sédentaire, les chefs de la nation durent prendre des mesures pour faire cesser les dévastations et par conséquent pour arrêter l'établissement des forêts et garennes. Les lois lombardes et les capitulaires contiennent des dispositions formelles interdisant toute création de forêts nouvelles : « *Forestas noviter instituere.* » Une loi de Louis-le-Débonnaire (cap. 69) porte ce qui suit : *De forestis noviter institutis, quicumque illas habet, dimittat, nisi forsan judicio veraci ostendere possit, quòd per jussionem, sive permissionem domini Caroli genitoris nostri eas instituisset.* Et ailleurs, cap. LXIII : *De forestibus nostris ubicumque fuerunt, diligentissimè inquirant quomodò salvæ sint et defensæ, et comitibus denuntient, ne ullam forestam noviter instituant, et ubi noviter institutas invenerint, dimittere præcipiant.* Enfin, lib. IV, in 3 part. cap. III : *De forestâ quam Autharius comes habere vult, ubi ea prius non fuisse dicitur, volumus ut missi nostri rei veritatem*

inquirant, et juxta quod justum invenerint, ex nostrâ auctoritate definiant (1).

En présence de cette législation, il est évident que si le droit d'avoir garenne était consacré, celui d'en établir n'était pas reconnu; toute garenne légale était supposée antérieure aux dispositions prohibitives, et une possession immémoriale seule pouvait autoriser une pareille supposition. C'était, comme on le voit, la consécration d'un fait illégitime aux yeux du législateur, mais accompli et maintenu seulement à ce titre.

La jurisprudence des *Olim* constate l'existence incontestée de cette règle. Il est permis de croire que les décisions du parlement de saint Louis n'étaient pas fondées sur les capitulaires que nous avons cités: le droit de cette époque ne dérivait pas de lois écrites, mais des faits qui l'avaient précédée; les évènements sont législateurs; ceux des onzième et douzième siècles, au milieu du fracas des luttes féodales, devenus pour nous silence obscur, ont enfanté tout un régime d'institutions, et promulgué tous les principes de liberté que les législations postérieures n'ont fait que développer. Ces règles n'étaient pas écrites et n'en étaient que plus puissantes: elles existaient dans la mémoire des juges, et s'inscrivaient, à mesure qu'elles étaient acquises, dans l'esprit des populations.

39. Les *Établissements*, chap. CXXVII, contiennent la règle suivante: « De deffendre pêscherie d'eue courant.

» Se aucun gentilhom avait eue (eau) qui corust par sa terre » (son fief) et i eust coru, et la vousist deffendre que l'en y » peschat pas, il ne le porroit pas faire sans l'acort au baron, en » qui chastellerie ce serait, et sans l'accord du vavassor (vas- » sal) (2.) »

C'est ainsi que, plus tard, il ne fut permis à aucun d'avoir terriers à lapins ou connilnière ouverte qui ne fût autorisée par

(1) Voyez aussi les lois diverses dans le même sens, citées par Ducange, v° *Foresta*.

(2) *Vavasseurs*, vassaux, dit La Thaumassière, sur la coutume de Linière; voyez aussi l'art. 315 de la coutume de la Marche.



le roi et enregistrée en la chambre des comptes (1), et qu'aux termes de l'art. 71 de la coutume de Paris, faisant le droit commun du royaume, le seigneur ne put établir un moulin bannal que du consentement de ses vassaux; ce fut enfin une règle générale que nulle bannalité d'aucune espèce ne put s'établir sans l'assentiment de ceux qui devaient la subir.

Mais les seigneurs se soumettaient difficilement à cette règle; la royauté dut multiplier les ordonnances, et les parlements leurs condamnations; les défenses d'établir de nouvelles garennes ou d'étendre les anciennes, qui se succédèrent et se renouvelèrent sans interruption dans le quatorzième siècle, prouvent que le mal était encore existant, et que les tentatives d'usurpation ne cessaient pas.

L'ordonnance de Louis-le-Hutin du 15 mai 1315 porte, art. 26 : « Nous voulons et octroyons que comme plusieurs s'ef-» forcent de faire nouvelles garennes au préjudice des nobles » susdits (les vassaux du Vermandois), celles nouvelles garen-» nes soient mises en état dû (2). »

Philippe-le-Long, dans son testament, insiste fortement sur la destruction des garennes nouvelles (3), ce qu'il avait déjà prescrit par une ordonnance de 1318. Les mêmes prescriptions furent renouvelées dans des ordonnances des mois de mars 1350, août 1352 et août 1353 (4). « Pour ce que, porte une autre ordon-» nance de 1355, lesdits maîtres de nos eaues et forez et aucuns » autres de notre royaume, ducs, contes, barons et autres » nobles, se sont efforcés et efforcent de jour en jour de étendre » et accroître les garennes anciennes, et de faire et acquérir » nouvelles garennes, parquoi l'on ne peut labourer profita-» blement, mais demeurent les labourages à faire, et quand ils » sont fais, si sont-ils perdus et gâtés; nous avons octroyé et

---

(1) Arrêt du 14 avril 1339; Chopin, *Du domaine*, liv. III, tit. XXII, n° 4. Guénois, t. II, p. 342, en marge; coutume de Meaux, art. 211; l'autorité royale a remplacé le pouvoir du baron.

(2) *Ordonnance du Louvre*, t. 1, p. 562.

(3) Brillon, v° *Garenne*.

(4) Voyez ces ordonnances à la collection du Louvre.

» octroyons que tous accroissemens de garennes anciennes, et
» les nôtres même, qui, de notre temps ou du temps de notre
» très cher seigneur et frère seront faites et acquises, soient du
» tout mises au néant, et par ces présentes les ôtons et mettons
» à néant, abattons du tout, et donnons congé et licence que
» chacun y puisse chacier et prendre sans amende aucune. »

L'année suivante, les mêmes prohibitions sont renouvelées dans les même termes (1). A la même époque, Charles, duc de Normandie, promulguait des mesures semblables, mettant au néant toute garenne ou accroissement de garenne élevé depuis quarante ans (2).

Près de deux siècles séparent encore ces ordonnances de la dernière rédaction des coutumes, et dans cet intervalle la civilisation fait d'immenses progrès; les institutions changent presque complètement de nature; les guerres privées cessent, et avec elles l'importance et la nécessité de la hiérarchie féodale. Le vassal n'a plus besoin de son seigneur, et ne songe plus qu'à libérer son domaine des charges qui le grèvent, quelle qu'en soit l'origine ou la cause. Ce travail commence au douzième siècle et se termine à l'abolition absolue du régime seigneurial.

Dès la première époque, l'influence des études du droit romain se fait puissamment sentir. Les légistes répondent aux plaintes des populations privées de la chasse et de la pêche que ce droit appartient à tous les hommes: *Jus piscandi omnibus commune est in fluminibus* : *Inst.*, *lib.* II, *tit.* I, § 3. Puis, abordant hardiment la question de légalité des garennes, ils la résolvent négativement.

Le cardinal d'Hostie, le premier, qui écrivait vers l'an 1255, publia que les seigneurs ne pouvaient, autrement que par la violence et par l'oppression, interdire aux vassaux de chasser ou de pêcher sur leurs terres (3). « *Quid ergo de baronibus*, disait

(1) *Ordonnance du Louvre*, t. III, p. 31 et 136.

(2) Guénois, tit. II, liv. II; tit. XIV, art. 4.

(3) On peut voir dans le traité *De nobilitate*, cap. XXXVII, num. 15, de Tiraqueau, la liste de tous les docteurs qui ont examiné cette question, et l'avis de l'auteur lui-même, non moins défavorable aux prétentions des seigneurs.

Jean Faber, dans les premières années du quatorzième siècle, *qui prohibent in fluminibus? Dicunt doctores quòd non possunt de jure prohibere, sed eodem errore, quod dicunt se dominos et imperatores in terrâ suâ; ego credo quòd barones, qui superiores habent, hoc non possunt facere, et ita servat curia Franciæ* (1).

Cependant la multitude des bannalités existantes et leur possession paisible démentait l'impossibilité de leur établissement; les jurisconsultes tournaient la difficulté, en proclamant un principe plus funeste encore peut-être pour les seigneurs. Ils soutenaient que le fait de la possession ne pouvait pas suffire pour attribuer un droit exclusif à la pêche; mais ils reconnaissaient ce pouvoir à la coutume, bien différente, dans son essence, de la prescription. *Tamen de* CONSUETUDINE *possunt acquiri: si pluribus annis piscator solus fuerit quis et alios prohibuerit*, SCIENTE POPULO ET NON CONTRADICENTE, *videtur quòd possit sibi jus querere* EX PACTO CONSENSU POPULI.

Ex pacto consensu populi; le peuple, son existence, son consentement; quelles idées ennemies et subversives du pouvoir féodal! mieux eût valu cent fois pour le seigneur renoncer à ses *deffens* que de se reconnaître un droit octroyé par ses vassaux! et Jean Faber se hâtait d'ajouter qu'en France les *deffens* n'ont pas d'autre cause : ET ITA VIDES OBTINERE *hodiè de* CONSUETUDINE *regni Franciæ, ubi sunt* PISCARIÆ ET DEFENSÆ *in multis locis fluminum.*

40. Ces maximes surgissaient de toute part, et, partout où les populations avaient à souffrir des mêmes violences, les mêmes doctrines étaient proclamées; le clergé y mêlait sa voix puissante, et peut-être avait-il parlé le premier.

En Angleterre, Jean de Salisbury s'écriait dès le douzième siècle : *Volucres cœli et pisces maris communes esse audieras, sed hi fisci sunt, quos venatica exigit ubicunque volant* (2). En Italie, terre classique du droit et source de la liberté mo-

(1) *Instit. de rerum divis.*, § *Flumina.*
(2) Cité par Ducange, v° *Foresta.*

derne, les jurisconsultes les plus renommés enseignaient les mêmes doctrines : *Licet communi errore*, disait Bénédictus, en reproduisant les docteurs qui l'avaient précédé, *quo dicunt se dominos in terrâ suâ et consequenter in fluminibus terræ cohærentibus, id de facto prohibeant, quod de jure facere non possunt* (1). Plus tard, Décius résumait la controverse : *Et post longam disputationem hæc statuta prohibitoria à baronibus emissa, ne cui venari liceat, nullo jure pertineri posse... Quod verùm obtinet etiam in jure piscandi* (2). En Espagne, Augustinus se rendait l'organe de l'opinion du peuple en qualifiant, d'après saint Jérôme, de race odieuse, les chasseurs, ce qui signifiait les seigneurs : *Venatores, nefarium hominum genus, et ars venandi nequissima* (3).

Ces doctrines revenaient en France corroborées de l'assentiment qu'elles avaient recueilli en faisant le tour du monde féodal ; et Pontanus, le plus ancien commentateur d'une des plus anciennes coutumes, résumant ces décisions unanimes, en concluait la nullité des proclamations banales : *Ex quo sequitur baronum et castellanorum statuta et promulgationes, quibus inhibent venationem (et piscationem) cæteris suo subjectis castro, nullius esse momenti* (4).

Nous allons voir, à la suite de cette réprobation universelle, disparaître la jouissance qui remontait aux garennes du dixième siècle. La servitude qui frappait *facto, non de jure*, le domaine des eaux courantes, va cesser même de fait presque partout ; mais, avant d'exposer cette importante circonstance de la discussion, hâtons-nous de constater qu'il est impossible qu'en présence d'une opinion aussi unanimement admise et consacrée, un droit commun contraire se soit établi, supposant aux seigneurs le pouvoir d'interdire la pêche à leurs sujets dans leurs propres eaux. Si quelques coutumes, *consuetudines*, respectées dans leur existence en tant que coutumes, ont survécu à cette lutte dans laquelle leur principe a succombé, elles ne

(1) *Repetitio in capit. Raynutius*, v° *Et uxorem, dec.* v, n° 359.
(2) Cons. 197.
(3) Cité par Pontanus sur Blois, art. 5, § 2.
(4) *Ubi suprà.*

peuvent évidemment former, dans le système légal qui va dominer, qu'une exception.

C'est exceptionnellement que quelques rivières seront encore tenues pour banales, et les législations qui en reconnaîtront de cette nature n'en feront pas elles-mêmes une règle générale de leur territoire. Ce sera donc sans fondement, et par suite de l'oubli de leurs précédents, que les rares dispositions coutumières qui reconnaissent un droit des seigneurs sur les cours d'eau seront considérées, par quelques jurisconsultes du dix-huitième siècle, comme propres à constater le droit commun de la France. Tel n'est pas et ne peut pas être leur caractère; elles sont contraires aux conditions communes de la propriété, contraires aux principes généraux consacrés à l'époque de leur rédaction, contraires aux doctrines que devaient partager ceux-là même qui les recueillaient; dès lors, elles ne peuvent avoir que l'essence de ce droit *haineux* (1) distingué par les jurisconsultes du droit commun, et que gouvernait la maxime *Odiosa restringenda.*

41. Toutes les institutions travaillaient activement à la destruction de ce régime qui, depuis l'établissement du pouvoir seigneurial, opprimait si cruellement les possesseurs du sol; les seigneurs eux-mêmes y contribuaient puissamment. Les idées de liberté se faisaient jour et gagnaient les croyances; les oppresseurs les partageaient ou ne pouvaient s'en défendre. Les plus prévoyants et les plus sages reconnurent qu'un pouvoir dont ils avaient tant abusé devait leur échapper; ils se hâtèrent d'en tirer le dernier parti qui restait à leur disposition. De même que déjà leurs prédécesseurs avaient vendu la liberté civile aux communes, de même ils affranchirent la propriété des droits de banalité. Les cartulaires de cette époque sont remplis de chartes de retrait ou suppression de *deffens* moyennant des redevances auxquelles s'assujétissent les vassaux ou tenanciers.

---

(1) «Droit haineux, dit Bouteiller, tit. 1, est le droit qui, *par coutume du pays*, est contraire au droit écrit.»

C'est à cette cause plutôt qu'à une recrudescence de passion pour la chasse et la pêche qu'il faut attribuer les efforts redoublés des seigneurs pour l'établissement de garennes nouvelles, efforts que constate la jurisprudence de cette époque. Les guerres incessantes de ces règnes malheureux ne laissaient pas de loisir aux nobles qui nécessairement y prenaient part; c'était donc pour vendre leurs droits de garenne, et pour en tirer l'argent dont ils avaient grandement besoin, qu'ils cherchaient à en établir là où il n'en existait pas précédemment.

On a déjà vu plus haut le chevalier Drocon de Moy lever une garenne nouvelle, pour y renoncer moyennant une somme de cinquante livres, qu'il employa dans l'expédition contre les Albigeois (1). Le registre des *Olim* suppose ou fait connaître un certain nombre de concessions de ce genre. Un arrêt de 1296 porte confirmation expresse d'un acte de renonciation au profit des habitants et des hôtes (*hospites*) (2). Chopin (Cout. d'Anjou, liv. 1, art. 35) rapporte en entier une charte d'affranchissement de 1321, par laquelle le comte d'Anjou renonce à sa garenne sur les quintes d'Angers: «... Que par la garenne, porte ladite charte, » que nous et nos devanciers avons de si longtemps qu'il n'est » mémoire du contraire, y a des bêtes sauvages, grosses et me- » nues, lesquelles sont tant multipliées et crues, que le pays est » endommagé et cheu en si grande detruite et pouretė que plus » n'y a fors deguerpir les lieux et terres *que chacun a en ladite* » *garenne...* » Suit la déclaration de concession, le droit qu'elle entraîne pour chacun des possesseurs, et les limites des terres affranchies; puis l'acte ajoute: « Et pour ce que lesdites garen- » nes étaient et pouvaient être de grands proffits et de grant va- » leur à nous et à nos hayers comtes d'Anjou, lesquelles ostons » et annulons, l'évêque d'Angiers, le décan et chapitre d'icelui » lieu, les abbés, les collaiges religieux et séculiers, les barons, » les chevaliers, les bourgeois et tout le commun des habitants, » *qui ont possession dans les métes de la garenne*, ont octroyé, » accordent et veulent de leur bonne voulenté, que, en recompen-

(1) *Olim*, an 1250, t. 1, p. 83, n° 16.
(2) *Olim*, t. 2, p. 399, n° 6.

» sation de ce, nous ayons de chacun arpent de vigne chacun an » trente-deux deniers, et de chacun arpent de terre et de pré » deux sols..... »

Des règlements de 1350, 1352 et 1353, faits pour les habitants du Vermandois et du Beauvoisis, portent suppression de toute garenne, moyennant une imposition de six deniers pour livre (1). Par une charte de février 1370, Charles V déclare, au profit des habitants de Joigny, que, « *Pour le remède des âmes* (2) de » nous et nos ancesseurs, *et pour* la somme de 25 sols tournois » que nous avons reçus desdits habitants, pour chascun arpent de » héritage couvert, et aussi pour 12 sols 6 deniers, pour chas- » cun arpent de héritage découvert, et pour cent livres tournois... » ...Ostons et mettons à néant la garenne que nous avions...(3). »

42. Lapoix-Fréminville, après avoir rapporté la plupart des actes qui précèdent, en tire cette conclusion : « Toutes ces pièces » prouvent sensiblement les dégâts que causent les lapins, parce » qu'étant extrêmement friands, etc. (4). » Puis vient l'histoire des îles Baléares, que je crois devoir transcrire ici, parce qu'elle est un témoignage manifeste de l'ignorance absolue des feudistes modernes à l'égard des droits dérivant des garennes. « M. Sal- » vaing rapporte, d'après Pline, que les lapins affamèrent telle- » ment les îles Baléares, que les peuples de ces îles furent obli- » gés de demander à l'empereur Auguste des gens de guerre pour » les détruire, lequel leur envoya des chats..... Salvaing *assure* » que cette quantité prodigieuse de lapins n'était provenue que » d'un mâle et d'une femelle, qui avaient tellement produit, que » les maisons et les arbres en avaient été renversés ; en sorte que » ces animaux étant extrêmement nuisibles, nos rois n'ont per- » mis l'établissement des garennes en faveur des seigneurs...(5). »

---

(1) *Ordonnances du Louvre*, t. 2, p. 395 et 507.

(2) Cette considération peut servir à faire connaître l'idée que les seigneurs eux-mêmes avaient des droits auxquels ils renonçaient.

(3) *Ordonnances du Louvre*, t. 5, p. 379.

(4) Tome 4, p. 743.

(5) *Ubi suprà*, p. 738.

Ce conte est sérieusement rapporté par tous les feudistes (1) ; c'est à son aide qu'ils expliquent les lois et les coutumes touchant le droit de garenne. Parfois on trouve quelques réflexions courtes et sans suite sur ce qu'apparemment autrefois les garennes étaient autre chose qu'un refuge à lapins, comme on lit dans quelques auteurs modernes qu'il existait aussi des garennes à eau ; mais, dès le seizième siècle, l'origine et par conséquent le véritable caractère du droit du seigneur, tant sur les terres que sur les rivières, était complètement oublié.

Est-ce donc à des jurisconsultes aussi étrangers aux vraies notions de la matière qu'il faut demander le principe qui la régit ? Devons-nous croire Lapoix-Fréminville, Guyot et même Chopin, lorsque, de la défense écrite dans quelques coutumes de pêcher aux garennes du seigneur, ils concluent que les rivières sont la propriété de ce dernier, que ce droit est un élément de fief, de justice, de souveraineté, un démembrement de l'autorité royale, ou toute autre assertion également dénuée de fondement ou contraire à la vérité? Évidemment, à moins de vouloir à tout prix s'étayer d'une opinion favorable et soutenir un système en dépit de la réalité, on ne doit tenir aucun compte de leurs doctrines nécessairement erronées, ou qui n'ont touché le vrai que par hasard. Les légistes postérieurs aux coutumes ne savaient plus ce que c'était que les garennes dont ces coutumes faisaient mention ; ils se méprenaient surtout sur le caractère essentiel, distinctif et fondamental du droit seigneurial. C'est Chopin lui-même qui va mettre cette observation dans tout son jour.

Il s'agit d'un arrêt rapporté au registre des *Olim*, t. 1, p. 21, nº 16, et que Chopin y avait probablement puisé, puisqu'il en transcrit très exactement le texte ainsi conçu: *Inquestâ factâ super eo quòd Philippus, quondàm comes Boloniæ, dicitur fecisse quondàm garennam apud Fay, in parrochiâ de Sancto Felicio, dùm vivebat : probatum est quòd idem Philippus, quandò venit ad terram Ville Nove, fecit de novo garennam de Fay, in feodo etiam alieno, et quòd communi-*

(1) Je n'en connais pas un qui n'en ait parlé ou n'y ait fait allusion depuis Boërius.

ter (1) *ante hoc solebant ibi venari; cadat ista garenna de Fay.*

Les faits historiques qui viennent d'être rapportés, et sur lesquels Chopin ne possédait que des notions inexactes, nous ont mis parfaitement à même de comprendre et d'expliquer cet arrêt. La garenne était le droit exclusif de chasse que le comte Philippe prétendait avoir; ce droit n'existait pas depuis un temps immémorial, puisqu'il était reconnu que la garenne était l'œuvre du père du défendeur, *fecit de novo garennam*. Il s'étendait sur les terres des demandeurs, lesquelles n'étaient même pas dans le fief du comte Philippe, *etiam in feudo alieno*; les habitants ou propriétaires, *communiter* ou *communitates*, y jouissaient de la chasse, *ibi solebant venari*, avant l'établissement de la garenne, *ante hoc*. Tels sont les motifs qui font tomber la garenne. Tous ces faits sont fort clairs à nos yeux, et il n'entrerait dans l'esprit d'aucun jurisconsulte instruit de ce qui précède de penser que la prétention du comte Philippe au droit de chasse fût, en même temps, la prétention à la propriété des terres sur lesquelles il entendait l'exercer, et que les conclusions des demandeurs ou le dispositif de l'arrêt eussent pour objet de lui interdire soit de chasser dans son domaine, soit même d'y élever des lapins; c'est cependant ainsi que l'entend Chopin.

« Il y a, dit-il en expliquant cet arrêt (2), différence entre la » garenne qui a été *secrètement faite de nouveau*, et le droit de » chasser simplement *en sa terre publiquement* et *sans faire* » *tort* à personne; *car* anciennement, par le droit romain, il était » permis à tous propriétaires et seigneurs de chasser dans leurs » terres ouvertement, publiquement et sans fraude :

Hinc laqueis captare feras et fallere visco
Inventum, et magnas canibus circumdare saltus,

» comme dit Virgile au premier livre des Géorgiques. *C'est pour-*

(1) Chopin dit *communitates.*
(2) *Du domaine,* liv. III, tit. XXII, n° 4.

» *quoi* s'étant présenté en la Cour une cause touchant le droit de » chasse entre le seigneur féodal et le haut justicier, la cour or» donna (17 mars 1573) que ledit seigneur féodal pourrait libre» ment chasser sur ses terres. »

Quelle confusion ! quelle incohérence de déductions ! quel étrange rapprochement de faits et d'idées! Et cependant les jurisconsultes qui l'ont suivi n'en savaient pas davantage ; c'est à ses lumières qu'ils se sont éclairés, ou plutôt ils ont partagé ses erreurs, et, comme lui, absolument méconnu le caractère des choses et des lois qu'ils commentaient.

Au dix-huitième siècle, les études nouvelles n'avaient point pénétré les livres de droit proprement dit, et le savant auteur de l'article *Garenne*, au Répertoire de jurisprudence, écrivait encore en 1784 : « Personne ne pouvait autrefois avoir une *garenne* » *ouverte*, s'il n'avait obtenu la concession du roi. Guénois rap» porte un arrêt qui l'a ainsi jugé; et, même dans ce cas, *lorsque* » *les lapins faisaient des dégâts trop considérables, on ordon-* » *nait la destruction des garennes*, en permettant à chacun d'y » chasser. C'est ce que porte l'ordonnance du roi Jean, de l'an» née 1355, par laquelle il veut que tous accroissements de ga» rennes nouvelles, etc. (1). »

43. Rien n'est plus évident que cet oubli absolu de la nature du droit qualifié *garenne* par les coutumes : complétons cette démonstration en faisant connaître la cause qui avait détourné de la vérité la science et les idées des légistes.

Dès l'avènement du quinzième siècle, les garennes seigneuriales avaient généralement disparu. Aux documents que nous avons indiqués on peut joindre ceux que cite l'auteur de l'article *Chasse*, à l'*ancien répertoire*, et qu'il considère comme étant des autorisations de chasser données par les hauts seigneurs sur leurs propres domaines, il deviendra certain que la garenne n'existait plus de fait longtemps avant la révolution de 1789 sur le territoire du royaume (2). Au droit exclusif que

(1) Nous l'avons indiquée plus haut.

(2) Il en existait deux cependant qui ont survécu jusqu'à la révolution de

les seigneurs avaient si longtemps exercé sur les biens de leurs sujets succéda le principe, le plus largement appliqué, du droit de chasser appartenant à chacun. Les populations s'y livrèrent avec fureur, et cette liberté devint le prétexte ou la cause d'une foule de désordres. Des ordonnances nombreuses durent intervenir pour défendre soit le port d'armes, soit la chasse à tous ceux qui ne possédaient pas un domaine suffisant pour l'exercer.

Le seigneur, réduit au droit commun à tous les propriétaires, de chasser dans ses propres domaines, chercha du moins à y conserver le gibier. Indépendamment des garennes, il existait des lieux renfermés dans lesquels les animaux de petite espèce étaient mis à l'abri des plus forts. Ces parcs, clos ou non, étaient désignés sous le nom de *vivaria* (1). Une ordonnance de 1235 les distinguait expressément des garennes, en réglant le mode d'évaluation du droit de relief: *Et si ibi sint vivaria, apprecientur per duos milites, qui inquirerent quantum* VIVARIA *possunt valere quinque annis, et idem de* GARENNIS (2). Les *vivaria*, aussi nommés *leporaria*, renfermaient principalement des lapins. La plupart des coutumes les désignèrent sous le nom de *conninières*, *faux* ou *buissons à connils* (3); plus communément et dans le langage habituel, on leur donna la qualification de *garenne*, parce que, d'après l'étymologie du mot, on appelait ainsi tout lieu, terre ou champ, rendu défensable par des haies ou fossés, et que telle est la nature des conninières.

Assurément il y avait loin de la garenne nouvelle à celle de l'ancien langage. Ce n'était plus ce droit oppresseur, issu de la conquête et participant de son caractère et de ses dévastations; c'était seulement l'exercice du droit de propriété et de la faculté qu'à défaut de prohibition de police, chacun peut avoir d'élever chez soi des lapins.

Mais les noms ont leur logique non moins que les choses. Du

1789 : 1° la garenne royale, si célèbre sous le nom de *plaisirs du roi*, abolie seulement par la loi du 3 mai 1844; 2° celle du comte d'Artois, dont je parlerai tout à l'heure.

(1) Voyez Ducange, *hoc verbo.*

(2) *Ordonnances du Louvre*, t. 1, p. 55.

(3) *Connil*, lapin.

droit de chasser dans les garennes, que lui concédaient les ordonnances, le peuple conclut au droit de manger les lapins que son seigneur élevait dans ses clapiers, ce qu'il fit partout, à en juger par le nombre considérable de règlements ayant pour objet de réprimer cet attentat manifeste à la propriété d'autrui (1). Repoussé sur ce point, le vilain l'emporta sur un autre. Rapprochant le nom du nom, les dégâts occasionés par le voisinage des lapins de ceux que signalaient les ordonnances de saint Louis, il prétendit interdire aux seigneurs le droit d'avoir chez eux des conninières, qu'il appela garennes, et presque partout il gagna son procès. De bonne ou de mauvaise foi, les rédacteurs des coutumes appliquèrent en un grand nombre de localités, à l'établissement des garennes de nouvelle espèce, les lois du treizième siècle relatives à la création des garennes. Les *vivaria*, clapiers, buissons à connils, furent frappés d'un nom qui d'abord leur était étranger, et, par suite, des prohibitions qui s'attachaient à ce nom. Lorsque les commentateurs se trouvèrent en présence des lois anciennes et des nouvelles, l'emploi d'un même mot pour exprimer deux choses différentes brouilla leurs idées et produisit cette confusion dont il a été rendu compte.

44. Le mot garenne ne se retrouve plus dans les coutumes, pour exprimer le droit de chasse sur le domaine des vassaux; quelques dispositions cependant témoignent, par le vague de leurs expressions, qu'elles se rattachent à des considérations qu'elles n'ont pas précisément pour objet de consacrer, et qu'un fait oublié demeure caché derrière elles. Ainsi la coutume de Meaux rappelle l'histoire entière du droit des garennes :

« Art. 211. Aucun ne peut tenir garenne jurée (2), supposé » qu'il ait haute justice en sa terre, s'il ne l'a par permission du » roi, titre particulier et exprès, ou de telle et si longue jouissance » qu'il ne soit mémoire du commencement, ni du contraire.

---

(1) Voyez les coutumes d'Orléans, art. 67; Nivernais, art. 16, tit. XVIII; Meaux, art. 215; et les ordonnances de Sainctyon.

(2) Garenne *jurée*, selon Delaurière sur Ragueau, parce qu'elle était gardée par des gardiens jurés.

» Art. 212. Garenne jurée s'entend garenne défendue, et là » où on ne peut aller chasser sans danger de justice.

» Art. 213. Mais si haut ou bas justicier voulait faire quelques » buissons à congnils en sa terre et seigneurie, faire le peut du » consentement de ses sujets et non autrement; mais ledit buisson » n'est pas réputé garenne. »

On retrouve dans ce texte la définition de la garenne, sa distinction du buisson à connils, le droit attribué au seul haut justicier, la nécessité d'une possession immémoriale ou d'une autorisation du roi, le consentement des vassaux, la défense d'y chasser, toutes circonstances qui nous sont connues, et dont nous pouvons apprécier l'application juste ou fausse qu'en contiennent les articles sustranscrits de la coutume de Meaux.

La coutume particulière du Hesdin, concernant les droits et prééminences du comte d'Artois, renferme le titre complet et fort détaillé d'une garenne telle qu'elle existait dans l'origine; cette garenne s'étend sur un territoire très vaste, dont les mêtes sont établies de clocher en clocher; le fil de la rivière de Canche et plusieurs autres cours d'eau s'y trouvent expressément compris; les art. 7 et suivants contiennent la prohibition d'y chasser, et l'interdiction aux habitants et demourant ès mêtes d'icelles garennes de tenir chiens dans leurs maisons, s'ils ne sont enlarnonés ou affolés, etc. Ce titre est trop long pour être transcrit ici; d'ailleurs le détail des limites, qui en compose la plus grande partie, aurait peu d'intérêt; on peut le consulter dans la collection de Richebourg, tom. 1, p. 337. On se convaincra, par sa lecture, que la garenne du comte d'Artois constituait très exactement le droit que les seigneurs s'étaient arrogé dans les temps voisins de la conquête, ou pendant l'anarchie féodale, et qui pesait sur les terres de leurs sujets; on y reconnaîtra que le droit de garenne laissait aux mains de ceux-ci la propriété tant des fonds, prés, bois et terres labourables, que de la rivière de Canche et des autres cours d'eau qui s'y trouvaient renfermés; c'est là tout ce que j'ai intérêt de prouver.

Un grand nombre de dispositions coutumières parlent des garennes, mais celles-ci ne sont plus que les buissons à connils, distingués de la garenne par la coutume de Meaux, et confondus par presque toutes les autres; néanmoins, dans la plupart, on

trouve quelque expression obscure, qui révèle l'origine ou l'histoire de la disposition (1).

Les coutumes, au XVI[e] siècle, ne contenaient donc plus la définition exacte des garennes ; loin de conserver le souvenir de leur *origine* et de la nature du droit qui se rattachait à cette expression, la signification nouvelle et différente qu'elles y supposaient écartait les esprits de la vérité. Aussi les jurisconsultes étaient-ils à cet égard dans une erreur manifeste. Ils ne comprenaient pas la législation des garennes ; ils ne pouvaient en conséquence en apprécier exactement les résultats.

45. Les seigneurs possédaient d'autres droits de pêche que ceux qui dérivaient des garennes et ces droits étaient également consacrés par les dispositions des coutumes.

La coutume du Haynault, chap. 134, art. 12, porte : « Ceux » qui pêcheront au bansin ne pourront pêcher ni riveter ès ri» vières de cens, si ce n'est par le gré du seigneur à qui est la ri» vière et du censier qui la tient. » Ainsi dans cette coutume il existait des rivières dont la pêche appartenait au seigneur de telle sorte qu'il pût l'*affermer* ou la donner à bail de cens ; c'était en disposer comme propriétaire.

Une multitude d'actes et de contrats des temps féodaux nous montrent en effet les seigneurs disposant de la pêche des rivières situées dans leurs domaines, comme de celle des étangs qui leur appartiennent. Dans le Lyonnais, le Forez et le Beaujolais, le bail de la pêche portait le nom particulier de bénévis, et les

(1) Coutumes qui font emploi du mot de *garenne* : Acs, tit. II, art. 18 ; Berry, tit. X, art. 14 ; Auvergne, tit. XXVIII, art. 22 ; Lasalle-de-l'Isle, tit. I, art. 72 ; Troyes, art. 179 ; Dourdan, art. 147 ; Chaumont, art. 110 ; Vitry, art. 121 ; la Marche, art. 355 ; Montargis, chap. VI, art. 1 ; Bordeaux, art. 112 ; Tours, art. 37 ; Ménetou, art. 18 ; Trambley, art. 8 ; Laferté-Imbault, art. 8 ; Meaux, art. 217 ; Poitou, art. 198 ; Saintonge, art. 14 ; Nivernais, art. 16 ; Étampes, art. 183 ; Orléans, 167 ; Bretagne, 391 ; Anjou, art. 32, 33, 34 et 171 ; Maine, art. 37, 38, 39 et 190. On trouve le mot *droit de forêt* employé dans le sens primitif de ce mot à l'art. 59 de la coutume de Tours. Voyez sur l'article correspondant de l'ancienne coutume le commentaire de Sainson.

conventions sur cet objet étaient fréquentes et multipliées. Lorsque je parlerai des actes constatant la possession privée des rivières, j'en indiquerai un grand nombre dans lesquels les seigneurs disposent du droit de pêche à titre de propriétaires.

L'origine des droits de cette espèce n'est plus la défense ou garenne ; elle n'a rien de commun avec l'abus de la force ou la violence ; la cause en est indiquée dans les conventions dont les titres nous restent; ce n'est plus la possession, le fait matériel dont le commencement doit être caché dans la nuit des temps et échappe à la mémoire des hommes; c'est au contraire la propriété dans tout ce qu'elle a de légitime et de respectable.

Les actes dans lesquels figurent les droits de pêche autres que ceux des garennes sont des contrats par lesquels le propriétaire d'un domaine en dispose, soit à titre d'inféodation, soit à titre de vente ou donation, et dans lesquels il se réserve divers droits et entre autres celui de la pêche.

Les réserves de cette nature étaient tellement d'usage dans les contrats de fiefs, qu'elles se suppléaient de droit en cas de silence ou d'oubli. Suivant Hottoman, *piscatoria est pars prædii quam dominus quibusdam in locis solet reservari sibi*.

Le registre des *Olim*, t. 1, p. 929, nº 18, fait mention d'une terre que le propriétaire avait vendue en se réservant les pêcheries : *Vendidit omnem terram, nihil sibi retinens de eâdem, nisi solam dictam piscariam.*

Un acte de 1294, portant concession à la ville neuve de Roqbon, par Humbert et sa femme, dauphin (1) :

Retinentes nobis in perpetuò atque nostris piscationes terraliorum dictæ villæ et totius aquæ Galabis ab esclosâ molendini noviter factâ per nos usque ad pontem Galabis super ipsam. Alia verò aqua communis remaneât in piscationibus et aliis hominibus dictæ villæ; hoc salvo quod concedimus dilectis fidelibus nostris hæredibus Guillermis Sibondi militis, et domino Guillermo.... et eorum hæredibus et successoribus totam aquam Galabis, quantumcumque durant

(1) Salvaing, *Usage des fiefs*, p. 218.

prata quæ nunc ibi habent; itaque quòd nullus piscari debeat in eâdem.

Dans une reconnaissance de la terre de Bussière, passée en 1262, on lit, à l'égard de la pêche et des cours d'eau, la déclaration des habitants ainsi conçue :

Interrogati de nemoribus, pascuis, eremis, aquis, ripagiis, AQUARUMVE DECURSIBUS, *venationibus*, PISCATIONIBUS..... *respondent quòd omnia quæ de iis ibi sunt, sunt domini,* NISI ALICUI *concesserit ea, sed habent uti ex iis sine quibus stare non possunt* (1).

Dans l'acte suivant, la réserve du seigneur est restreinte aux étangs et fossés qui entourent son château : *Quòd possint in omnibus piscaturis absque omni contradictione suâ vel suorum, in omnibus ripariis, exceptis aggeribus suis et fossatis, quia in eisdem piscationes sibi et* SUIS RETINUIT(2).

Enfin dans une convention de 1462, entre le seigneur de Châteauneuf et les consuls de Soesme, il est déclaré : *Quòd ipsis hominibus et suis licitum sit venari et piscari per totam terram ipsius domini, exceptis et per eum* RESERVATIS *juribus suis in talibus habendis* CONSUETIS (3).

46. Ainsi les droits de pêche appartenant aux seigneurs avaient deux causes : les uns se rattachaient aux garennes ; les autres dérivaient de conventions. Les premiers étaient consacrés par les coutumes dont les textes nous sont connus ; les seconds résultaient des titres primitifs de concession, ou des aveux qui en tenaient lieu.

Les coutumes qui reconnaissaient des rivières banales ou en garenne ne disaient pas que toutes les rivières de leur territoire eussent ce caractère ; elles n'autorisaient même pas à conclure de leurs textes que tout droit de pêche appartenant exclusivement aux seigneurs supposait une garenne, et rien ne s'opposait à ce qu'auprès d'un droit de défens existât un droit conventionnel. D'un autre côté, les défens avaient eu lieu presque partout ; de

(1) Salvaing, *Usage des fiefs*, p. 210.
(2) Salvaing, ibid., p. 218 ; concession de 1343.
(3) *Ibid.*

nombreux droits de pêche, consacrés par la possession, avaient pour origine une garenne, dans le territoire de coutumes qui gardaient le silence sur cette nature d'établissement.

Par exemple, la coutume de Bretagne ne mentionne nulle part l'existence ou la légalité de garennes primitives, et cependant sur un grand nombre de cours d'eau des portions portent encore aujourd'hui le nom de *défaix*, dénominations dont le sens est depuis longtemps oublié des populations qui les prononcent, et n'en témoignent pas moins de l'existence passée du droit oppressif qu'elles ont exprimé.

La double origine des droits seigneuriaux sur les rivières se rencontrait donc à peu près partout, et par conséquent partout aussi ces droits avaient une double nature; dans la confusion qui régna sur toutes les jouissances seigneuriales, il était sans doute devenu fort difficile de reconnaître à quelle source chacune d'elles se rattachait; mais la nature du droit ne cessait pas pour cela d'être différente, et si, dans le fait et dans l'apparence, les possessions se confondaient, dans leur principe elles étaient distinctes et devaient être séparées.

47. C'est une idée généralement émise que tous les droits tombés avec la féodalité dérivaient du fief. Cette opinion se retrouve à chaque page dans les écrits des feudistes, et domine constamment leurs déductions. Partout la condition du contrat féodal, la stipulation de la concession, l'obligation souscrite, sont données pour cause aux droits reconnus ou constatés par la possession. Cette confusion n'a pas peu contribué à faire du droit seigneurial un labyrinthe, ainsi que l'ont qualifié les jurisconsultes contemporains.

Cependant un peu de réflexion suffit pour faire apercevoir que si de nombreux droits seigneuriaux se rattachent à la concession féodale, il en est aussi plusieurs qui ne peuvent avoir rien de commun avec cette convention ; l'exemple du droit de garenne en offre une preuve manifeste.

Il est évident que les constitutions des forêts ou des garennes n'avaient et ne pouvaient avoir rien de conventionnel entre le seigneur qui les créait et le propriétaire dont les terres ou les eaux courantes se trouvaient frappées d'interdit. Les forêts en-

traînaient la dévastation du territoire, l'abandon des cultures, la ruine des habitants ; les historiens les représentent comme une œuvre terrible de destruction et de dépopulation. Les garennes furent moins dévastatrices ; elles avaient néanmoins le caractère qui s'attachait aux forêts, lesquelles n'étaient que des garennes sur une grande échelle. Comme les forêts, elles furent un acte d'oppression, une spoliation violatrice du droit de propriété ; la force en était la cause et le moyen ; le seigneur faisait violence à ses sujets, *efforciabat eos.*

Dans le droit de garenne, la pêche, assez inoffensive et simple privation de produits, ne peut être séparée de la chasse et de son exercice désastreux ; c'est le droit qu'il faut considérer, et non les diverses applications qu'il peut recevoir. Or, ce droit, dans son essence, est incompatible avec la jouissance de la propriété, ou même avec les conditions de la possession. Dans aucun temps, et en présence d'aucune nécessité, nul n'a pu consentir à recevoir des terres, à les mettre en valeur, à les labourer, à les semer, à les planter, à la charge d'y souffrir les dommages que peuvent causer des chiens, des chasseurs et l'existence du gibier. Jamais une pareille obligation n'a pu dériver d'un contrat ; la force et la violence seules ont pu l'imposer.

Comment trouver d'ailleurs dans la constitution d'une garenne la cause de la fidélité du vassal, sans laquelle cependant le lien féodal ne pouvait naître ni exister? Le fief, disent les jurisconsultes, est un bienfait, une libéralité ; celui qui le donne accomplit un acte de générosité ; celui qui l'accepte se soumet aux engagements de la reconnaissance, et l'ingratitude fait tomber le don en commise. Ces éléments d'association, d'affection réciproque et d'attachement qui ont si fort caractérisé la société féodale, sont évidemment incompatibles avec les conditions des garennes.

48. Si le régime féodal n'avait comporté que les droits et les devoirs dérivant du fief, il n'eût engendré que des relations amicales, l'union et la sympathie ; du moins ces caractères se fussent manifestés dans les commencements, et l'oubli des origines ne fût intervenu qu'après une longue succession de temps et de possession. Mais il n'en a point été ainsi : c'est, au contraire, la

haine et la résistance qui accompagnent le pouvoir du seigneur dès les premiers jours de son établissement, et c'est sous cette haine et dans la même lutte qu'il succombe aux jours de la révolution.

M. Guizot a justement fait observer cette condition remarquable du système seigneurial : « On peut remonter, dit-il (1), » le cours de notre histoire et s'y arrêter où l'on voudra : on » trouvera partout le régime féodal considéré par la masse de la » population comme un ennemi qu'il faut combattre et extermi- » ner à tout prix. De tout temps, quiconque lui a porté un coup » a été populaire en France. On a vu les gouvernements les plus » divers, les systèmes les plus funestes, le despotisme, la théo- » cratie, le régime des castes, acceptés, soutenus même de leurs » sujets, par l'empire des traditions, des habitudes, des croyan- » ces. Depuis sa naissance jusqu'à sa mort, aux jours de son » éclat comme dans sa décadence, le régime féodal n'a jamais » été accepté des peuples. Je défie qu'on me montre une époque » où il paraisse enraciné dans leurs préjugés et protégé par leurs » sentiments. »

Dans leurs observations sur le régime féodal, les historiens ont perdu de vue une distinction fondamentale propre à jeter un grand jour sur ce caractère antipathique aux populations, qu'ils ont si justement signalé.

Les institutions seigneuriales renfermaient deux éléments plus profondément séparés à mesure qu'on remonte à leur origine, savoir : le fief et la justice ; cette distinction s'exprimait dans la maxime célèbre écrite à chaque page dans les livres des coutumiers : FIEF ET JUSTICE N'ONT RIEN DE COMMUN.

Le seigneur justicier n'était pas le seigneur féodal, et si l'une et l'autre qualité se réunissaient parfois sur la même tête, elles y demeuraient distinctes dans le droit ; leurs prérogatives conservaient le caractère propre à leur nature respective. Comme le seigneur féodal, le seigneur justicier a des droits sur la terre : c'est à lui que sont dus les services personnels, les corvées, les

(1) *Essais sur l'histoire de France*, p. 341.

censives ; c'est à lui que le titre de seigneur est réservé par excellence ; tous ces droits sont utiles, productifs ; presque tous gênants et vexatoires ; enfin tous les droits seigneuriaux contre lesquels les haines se sont élevées, et qui, à juste titre, ont soulevé les plaintes et les réclamations, sont des droits de justice.

Au contraire, la fidélité, l'affection, le dévouement réciproque et la satisfaction caractérisent les droits des fiefs ; c'est dans leurs éléments que se trouvent le lien généreux qui rattache le seigneur au vassal, sans empreinte de servitude, et ces obligations respectives qui n'excluent ni l'égalité, ni la liberté.

Les prérogatives des justiciers sont odieuses par elles-mêmes ; le caractère personnel de celui qui les exerce peut seul en modifier la nature essentiellement tyrannique. Les droits du seigneur féodal n'ont rien de dur et de vexatoire, rien qu'un homme libre ne puisse volontairement consentir ; l'abus de la convention a pu seul en altérer la nature primitive.

Ces observations seront largement justifiées dans ce qui va suivre ; elles expliqueront ce mélange de principes généreux et de vexations odieuses que comporte le régime seigneurial, et qui paraît au premier abord inexplicable.

Il suffit, quant à présent, de rappeler que partout les droits des garennes étaient des droits de justice ; les coutumes, pour la plupart, s'en expliquaient formellement. Dans les procès relatés au registre des *Olim*, jamais le droit de garenne ne fut réclamé sans qu'un droit de justice ne fût en même temps prétendu. Les espèces précédemment indiquées sont plus que suffisantes pour démontrer la vérité de cette assertion, qui d'ailleurs sera ultérieurement mise hors de doute.

D'un autre côté, les droits de pêche dérivant de concessions ou de réserves conventionnelles étaient partout aussi considérés comme des droits de fief.

Ainsi tout droit seigneurial relatif à la pêche dans les petites rivières appartenait nécessairement à l'une ou à l'autre des deux catégories : c'était un droit de fief ou un droit de justice.

Cette notion acquise nous place dans la nécessité de rechercher ce qu'était le fief et ce qu'était la justice.

CHAPITRE II.

EXPOSÉ HISTORIQUE DE LA JUSTICE ET DU FIEF.

PRÉLIMINAIRE.

SOMMAIRE.

49. Des systèmes divers sur l'origine des fiefs et de la justice seigneuriale.
50. Moyens employés pour reconnaître la véritable nature de ces institutions; plan de leur discussion.

49. La justice et le fief contituaient les deux éléments de l'institution seigneuriale; mais qu'était-ce que la justice ? qu'était-ce que le fief? quelles étaient la nature et l'origine des droits qui en découlaient? Il semble que, pour avoir réponse à ces questions, il devrait suffire d'interroger un de ces innombrables traités des fiefs et des droits seigneuriaux dont se composait la bibliothèque de nos devanciers. Cependant, bien loin qu'il en soit ainsi, ces ouvrages ne présentent à cet égard que confusion et incertitude. Il sera évident, pour quiconque les aura parcourus, que leurs auteurs ne savaient plus ce qu'étaient les justices seigneuriales; les jurisconsultes avaient oublié l'origine de cette institution aussi complètement que celle des garennes justicières. Des idées nouvelles attachées à des mots anciens avaient également jeté le trouble dans leur science, et chacun exposait sur le principe des justices patrimoniales des conjectures qu'il puisait dans les notions plus ou moins exactes et plus ou moins sérieuses qu'il avait de l'histoire et de l'établissement du régime des fiefs.

Cependant un système avait longtemps dominé: c'était celui

de Loyseau ; jusqu'à lui personne n'avait fait des justices l'objet d'un examen séparé. Ce jurisconsulte, bailli de Châteaudun au commencement du XVIIe siècle, poursuivit la tâche de tous les agents du domaine royal depuis saint Louis, savoir, le renversement du pouvoir seigneurial. Son discours de l'Abus des justices de villages n'est qu'une violente diatribe contre les seigneurs habitant les campagnes ; dans le Traité des seigneuries, qu'il donna plus tard, il refondit ce premier ouvrage, sous une forme plus sérieuse, mais évidemment dans le même but et avec le même esprit.

Loyseau attaquait par la base l'édifice du pouvoir seigneurial, en lui donnant pour cause unique l'usurpation. Suivant lui, les droits qui composaient les justices patrimoniales avaient été concédés par les rois de la première et de la deuxième race, mais temporairement et viagèrement ; les hommes saisis de ces attributions, et puissants par elles-mêmes, les avaient conservées par la force et en avaient fait une propriété héréditaire. Les conclusions de ce système se manifestaient toutes seules ; la royauté redevenue puissante devait reprendre ce que dans sa faiblesse elle avait perdu ; le retour de toute justice au pouvoir royal n'était qu'une œuvre de réparation qui s'était fait trop longtemps attendre.

Ce système fut d'abord assez mal accueilli ; mais lorsque plus tard la puissance seigneuriale tout-à-fait déchue perdit ses derniers partisans, le livre de Loyseau parut contenir la vérité, et les feudistes ne firent plus qu'en reproduire les principes ; on ne contesta, dès lors, que sur l'intelligence du Traité des seigneuries, et, dans les ouvrages postérieurs sur les justices, on ne trouve rien de plus que ce qui se trouvait dans Loyseau.

Cependant la grande lutte de la noblesse et du tiers-état, qui devait aboutir à la révolution de 1789, se formulait de toutes manières. Les historiens y prenaient une part active, et les représentants de chacun des partis systématisaient l'origine des institutions féodales, suivant le besoin de leur cause. Boulainvilliers et Dubos n'avaient pas, dans leurs théories, touché directement aux enseignements pratiques de Loyseau ; Montesquieu les attaqua vivement ; il railla la supposition d'une usurpation, et, dans la pensée dominante de son livre, les justices patrimoniales,

considérées comme élément du régime des fiefs, apparurent des possessions légitimes, honorables récompenses de la victoire ou de services rendus à la patrie.

Ces idées ne pouvaient longtemps prévaloir; elles étaient trop contraires aux tendances générales; les feudistes qui les avaient d'abord accueillies les abandonnèrent; Henrion de Pansey, Mably, Hervé, présentèrent, à leur tour, des systèmes plus ou moins éloignés de celui de Montesquieu, et le procès était encore en litige, lorsque la révolution sembla terminer la controverse, en frappant de mort les institutions qu'elle intéressait.

50. Le problème était resté sans solution, et paraissait n'appartenir désormais qu'aux discussions purement historiques. Mais à toutes les époques, et même après la révolution la plus profonde, le jurisconsulte a besoin de la science du droit antérieur; il n'est pas de principe longtemps admis qui n'exerce une influence sur les décisions à venir; il n'est pas au pouvoir du législateur d'abroger absolument une loi longtemps obéie. La nature et le caractère des justices seigneuriales anéanties par les colères de 1790 sont encore aujourd'hui la question décisive du procès que le domaine élève aux possesseurs des eaux courantes. Il faut exhumer ces institutions ensevelies depuis un demi-siècle, interroger leur histoire et scruter leurs causes et leurs éléments, si l'on ne veut livrer la solution d'un immense litige à des assertions hasardées, ou à des considérations étrangères aux véritables raisons de décider.

Sous le rapport historique, les travaux des savants n'ont pas cessé de remuer cette matière, en apparence si obscure et si rebelle à la lumière. Les écrits contemporains les plus remarquables ont traité la question des justices seigneuriales, et, il faut le dire, les résultats ne sont guère plus satisfaisants que ceux des siècles précédents.

Si Loyseau n'a pas montré la vérité tout entière, c'est qu'il avait intérêt à en cacher une partie; l'histoire sincère ne le conduisait pas précisément au but qu'il voulait atteindre; il a dû la faire plier à ses besoins. Néanmoins il en est resté bien plus près que Montesquieu dont la thèse était de présenter comme bon et légitime un régime qui n'a jamais cessé d'être haï et détesté des

populations qu'il opprimait ; évidemment, cette thèse ne pouvait pas être vraie.

Les écrivains d'aujourd'hui auraient sans doute révélé les véritables caractères des justices patrimoniales, comme ils ont mis au jour tant d'autres causes de notre histoire méconnues jusqu'à eux par suite des préjugés de leurs prédécesseurs, s'ils avaient commencé par se faire une idée exacte des institutions dont ils recherchaient l'origine. Mais ils n'ont envisagé qu'un seul des éléments de ces institutions, et tous leurs travaux se sont dirigés sur cet objet. Si, au contraire, ils avaient d'abord embrassé l'ensemble des droits qui composaient la justice seigneuriale, ils en auraient facilement reconnu la filiation ; c'est cet ensemble qui caractérise l'institution et la montre de siècle en siècle, depuis son origine jusqu'à sa destruction. La justice seigneuriale ne consistait pas uniquement dans le droit de juger ; loin de là, ce droit ne lui appartenait pas originairement, et, vers ses derniers temps, il lui avait été presque entièrement enlevé ; cependant c'était encore un régime puissant ; une multitude de droits affectant plus ou moins le sol et la personne du possesseur en faisaient un élément de richesse et un bien véritablement patrimonial. Si les savants qui ont recherché la nature des justices seigneuriales les avaient ainsi envisagées, c'est-à-dire avec tous leurs conditions d'existence, ils auraient assurément reconnu les causes dont elle sont sorties. J'ai donc cru pouvoir espérer, en me livrant au même travail, éclairé par leurs admirables critiques des origines de notre histoire, et y rattachant mes recherches, atteindre le but qu'ils ont manqué.

J'ai commencé par constater les règles qui régissaient les institutions du fief et de la justice, et j'ai fait un inventaire aussi complet que possible des droits divers et multipliés qui constituaient chacune d'elles ; les feudistes et les textes coutumiers m'ont pleinement satisfait sur ce point : il suffisait d'investigations laborieuses et patientes. Mais ces notions ne me faisaient pas également bien connaître la nature des deux pouvoirs ; il fallait pour cela en interroger l'origine et la formation. A cet effet, comme pour découvrir sûrement la source d'un fleuve, j'en ai remonté le cours, en commençant par les temps les plus voisins ; j'ai suivi de siècle en siècle les éléments de la justice et

du fief, et j'ai dû arriver à les voir se former et s'introduire dans le régime que la révolution a détruit.

Je ne ferai point faire au lecteur le même chemin, mais j'ai dû lui rendre compte des moyens qui m'ont procuré les aperçus que je vais placer sous ses yeux; j'exposerai dans ce chapitre succinctement les résultats obtenus; puis, dans les suivants, j'en démontrerai l'exactitude par la discussion des éléments reconnus et des altérations historiques du fief et de la justice. Nous serons ainsi conduits, j'ose le croire, à la connaissance exacte de leur nature et par suite à la solution du problème proposé.

§ Ier.

EXPOSÉ HISTORIQUE DE LA JUSTICE.

SOMMAIRE.

51. L'origine de la justice seigneuriale remonte aux institutions romaines.
52. Assujétissements du territoire des Gaules; divisions des produits : *census, reditus*.
53. Des *judices* et de leur administration.
54. Premiers effets de la conquête barbare; continuation des *judices*; de la part royale.
55. Disparition de la part royale; immunités; ventes de terres censuelles aux immunistes.
56. Des *honores* et de la conversion des produits fiscaux en biens de cette nature.
57. Esprit de la conquête barbare; son accomplissement.
58. L'impôt romain, tombé dans le domaine privé des comtes barbares, a formé la justice seigneuriale.

51. Les feudistes sont fort divisés d'opinion sur l'origine des institutions seigneuriales; les uns les rattachent à la législation

romaine, les autres les font découler des usages introduits par les peuples de race germanique. Les premiers n'ont considéré que les droits de justice, les seconds se sont préoccupés du régime des fiefs, le plus grand nombre a perdu de vue la distinction qui sépare ces deux espèces d'institutions. On reconnaîtra par ce qui va suivre que si l'organisation féodale doit la naissance à des évènements et à des besoins nés de la conquête, et postérieurs à l'établissement de la domination des peuples germains, d'un autre côté, l'origine des justices seigneuriales et de leurs attributions est toute romaine (1).

52. Après une résistance longue et opiniâtre à la puissance et à l'habileté des généraux de Rome, la Gaule avait été subjuguée, réduite à l'état de pays conquis et soumise à l'organisation provinciale, qui n'était elle-même que la conquête exploitée, réglée et systématisée. Cet état de choses a duré près de cinq siècles, et, pendant cette époque d'oppression et de spoliation régulières, le peuple vaincu n'a pas cessé de manifester, par ses révoltes, ses plaintes et sa haine contre ses maîtres, l'existence d'un joug étranger pesant sur sa tête. Vainement honoré du nom de citoyen romain, l'habitant des Gaules fut toujours asservi; les théories légales qui concernaient la propriété provinciale sont profondément empreintes du caractère de sujétion et d'infériorité.

Le système auquel la propriété du sol fut soumise n'est pas nettement déterminé dans les lois qui le régissaient. Nous savons cependant que le territoire de la Gaule était divisé en deux portions, dont les éléments étaient épars et dont nous ne connaissons pas exactement la topographie. L'une de ces portions était plus particulièrement appropriée au peuple romain, et portait le nom

---

(1) Cette opinion n'est pas nouvelle; il n'a manqué à Cujas que le temps pour l'établir et la justifier. Ce grand jurisconsulte s'était proposé d'aborder un jour la matière des droits seigneuriaux et d'en démontrer l'origine romaine : « *Servi*, dit-il (Cod., tit. De agric.), *et census et alia innumera prædiorum hominumque onera, e jure romano originem sumpsisse, intereà testor dùm me ad consuetudinum nostrarum jus eàdem vià explicandum paro quà reipublicæ romanæ vetus primum, deindè novum jus aperui et disposui.* »

de terres fiscales; l'autre était laissée à la propriété privée; les terres de cette dernière espèce se nommaient *agri*, *prædia*, et leurs propriétaires *possessores*.

Quel que fût le principe du droit attribué à ces derniers, soit qu'on les considérât comme de simples fermiers de la république, soit que l'énormité des redevances ait fait supposer ce caractère à la propriété qui leur était laissée, toujours est-il certain que les produits de la terre étaient divisés en deux parts : l'une dévolue au trésor public, sous le nom de *tributum* ou *census*, l'autre appartenant au possesseur et nommée *reditus*.

La double redevance imposée aux produits de la culture était naturellement exigée du cultivateur, qui en était le premier détenteur; celui-ci, sous le nom général de colon, avait aussi sur le sol un droit mal défini et qu'il nous est difficile d'apprécier; ce n'était pas précisément la propriété, mais assurément c'était un des éléments de ce droit, dont la plus grande part appartenait au possesseur. Les conditions des colons étaient d'ailleurs variées, et leurs espèces fort diverses.

53. La perception des redevances était confiée à une foule d'officiers publics nommés *comites*, *vicarii*, *exactores*, *procuratores*, tous ayant en même temps quelque part à l'administration générale de la province, et même à celle de la justice; ces officiers étaient désignés sous la dénomination générique de *judices*; leur pouvoir s'appelait *judiciaria potestas*; l'ensemble des redevances qu'ils faisaient acquitter s'appela plus tard *justitiæ*.

Les *judices* percevaient la redevance fiscale et en rendaient compte au trésor; cependant les obligations des cultivateurs étaient telles qu'elles ne pouvaient pas toutes être versées dans une caisse. De ce nombre étaient une multitude de service corporels, ou de fournitures de travaux, d'entretien, de réparations, de transports et autres de cette nature, qui ne devaient être employés que pour le service public, mais que le *judex* exploitait à son usage, et dont il n'avait point de compte à rendre.

L'administration des officiers chargés du recouvrement des contributions était, en conséquence, une source de déplorables abus; les lois sont remplies de dispositions dont l'objet est de les réprimer, et qui servent aujourd'hui à nous en révéler l'existence.

Dans tous les temps, le gouvernement des proconsuls n'avait été qu'une odieuse déprédation. Depuis Cicéron jusqu'aux Pères de l'Église, tous les écrivains tiennent à cet égard le même langage. La perception des redevances provinciales n'est pour la plupart des exacteurs qu'une occasion de fortune ; aux charges publiques ils ajoutent une multitude d'obligations dans leur intérêt privé. C'est dans le tableau de leur administration qu'on reconnait clairement le caractère de la domination romaine; il est impossible d'y voir autre chose que l'exploitation de la conquête et la spoliation successive des peuples vaincus.

Aussi l'histoire de ces temps désastreux, qui pendant tant d'années ont pesé sur le malheureux sol de la Gaule, n'est qu'un long récit de luttes et d'intrigues dans lesquelles les plus puissants mettent leur force au service de leur avidité, pour arracher au pouvoir des fonctions qui leur permettront le pillage à l'aide des lois et de l'autorité. La cause de toutes les guerres intestines, le moyen des ambitieux, c'est la convoitise et la distribution des places auxquelles toujours une part des recouvrements de l'impôt se trouve attachée.

54. Avant l'avènement des rois de race germaine, l'administration romaine était depuis longtemps livrée aux mains des barbares ; l'Italie n'était plus seule à fournir les exacteurs des provinces, la plupart d'entre eux étaient possesseurs dans les lieux mêmes qu'ils exploitaient; pour ceux-ci l'action fiscale était bien plus profitable et les abus bien plus faciles. Ce sont encore les lois qui nous l'apprennent en s'efforçant d'empêcher les *judices* d'appliquer à la culture de leurs terres, à la construction de leurs édifices, au transport et à la vente de leurs denrées, les redevances et les obligations établies dans l'intérêt public.

Aussi, lorsque le pouvoir suprême tomba aux mains des rois francs, ce fut à peine si les populations s'en aperçurent. Les excès des gouverneurs étaient portés aux dernières limites de la tyrannie. Les supplices les plus atroces étaient devenus les moyens légaux et accoutumés de leurs perceptions. L'esclavage et la fuite chez les barbares étaient les dernières ressources auxquelles les possesseurs s'efforçaient d'avoir recours, et les lois non moins

que les préposés du fisc employaient toute leur puissance pour y mettre obstacle.

Au surplus, rien ne fut changé dans l'administration publique; les officiers reçurent les mêmes noms et les mêmes fonctions; les *comites*, les *vicarii*, les *judices* continuèrent à se répandre sur le territoire et à poursuivre les habitants de leurs exactions (1).

Sous Clovis et ses successeurs, comme sous Théodose et ses successeurs, la législation qui régit le sol et ses produits en divisa les bénéfices en deux grandes parts, l'une qui fut autrefois celle du peuple romain, perçue depuis par les empereurs, et conservant la dénomination de *census*, *fonctiones publicæ;* l'autre désignée sous le nom de *reditus*, appartenant à la propriété privée; la première livrée à l'exploitation des officiers publics, l'autre souvent violée et anéantie par l'avidité fiscale, au profit de ces mêmes officiers.

Dans ce système, il existait deux sortes de biens ou deux éléments de richesses. La première se rattachait au droit de conquête, au droit du plus fort, c'était le *præmium belli*. La seconde était le bénéfice de la possession du sol. Ces deux espèces de fortune existaient simultanément, bien distinctes, profondément séparées par une législation essentiellement systématique, et plus encore par une habitude de cinq siècles, énergiquement introduite dans les idées du droit et de son exercice.

Le premier objet de la convoitise des chefs de bandes qui envahirent le territoire des provinces gauloises fut la part fiscale. C'était la plus nette, la plus facilement saisissable, et peut-être aussi la plus voisine de leurs idées qui ne comportaient que la propriété mobilière. C'était aussi celle dont l'appropriation était la plus aisée. Son propriétaire légal, le fisc romain, était détruit; c'était le bien du vaincu, et le pouvoir public passant aux mains des vainqueurs entraînait naturellement avec lui la disposition de tout ce qui lui appartenait.

D'ailleurs la plupart des chefs germains avaient appris, soit en

---

(1) « *Franci, profligatis Romanis, rerum facti domini in Galliâ, statum* »*provinciarum à Romanis institutum non attigerunt, nec duces comitesve à* »*republicâ sustulerunt.*» Hauteserre, *De ducibus*, cap. 3.

servant dans l'armée romaine, soit par leur contact avec les officiers de cette armée, quel devait être l'objet de leur ambition et quels bénéfices pouvait produire l'exploitation des charges de comtes, d'exacteurs, et de toutes les fonctions de *judices*.

Ce fut donc principalement dans la distribution des charges de cette espèce que consista la part de la conquête et les lots de butin que se firent les chefs de bandes germaines, ou qu'ils attribuèrent à leurs principaux inférieurs.

L'attribution des fonctions était une véritable dévolution de produits et de bénéfices matériels; outre les abus au moyen desquels les fonctionnaires s'enrichissaient, ils recevaient une forte part des redevances qu'ils étaient chargés de toucher; cette part s'élevait ordinairement au tiers; ils ne devaient compte que des deux autres tiers au fisc royal; c'est cette dernière portion que les lois de l'époque appelaient *pars regia*.

55. Les premiers efforts des comtes tendirent à conserver leurs fonctions essentiellement amovibles; dans les premiers temps de la conquête, de nouveaux comtes succèdent à chaque instant aux précédents, soit pour mauvaise gestion, soit par suite des changements dans la personne des rois et des distributeurs des charges.

A mesure que le pouvoir royal s'affaiblit, leurs fonctions avancent vers l'inamovibilité. La puissance de Charlemagne suspend leur progrès, qui reprend bientôt sa marche sous ses successeurs et atteint rapidement l'hérédité.

En même temps la part du fisc s'amoindrit et finit par disparaître avec le pouvoir royal.

Cette extinction du droit fiscal dans les produits qui lui appartenaient se rattache à plusieurs causes.

La première consiste dans les immunités. Sous la domination romaine, les militaires, les anciens magistrats, les grands et puissants propriétaires, *potentes*, étaient affranchis de certaines obligations publiques, sinon de toutes.

Déjà les lois des empereurs nous apprennent qu'il était fait de ces exemptions de graves abus au préjudice du trésor impérial.

D'abord la faveur et l'intrigue en multipliaient singulièrement

le nombre. Ensuite les petits propriétaires parvinrent à profiter de l'immunité en vendant leur domaine à l'immuniste qui le leur restituait immédiatement à titre de fermage perpétuel ou d'usufruit héréditaire. Pour prix de sa protection l'acheteur se réservait une redevance moindre que la part fiscale. Il gagnait à cette convention, le possesseur aussi; le trésor seul y perdait, puisque la terre censuelle passait dans la catégorie des possessions affranchies.

Cet usage se perpétua sous les rois germains. Le nombre des immunistes devint de jour en jour plus grand; presque tous les établissements ecclésiastiques jouirent d'une immunité plus ou moins étendue, et la part fiscale leur fut expressément donnée pour l'entretien des églises ou de leurs couvents. La vente des propriétés censuelles aux possesseurs d'immunités fut de plus en plus usuelle et prit le nom de recommandation; il semble, à voir le nombre immense de conventions de cette espèce qui nous ont été conservées, que les terres soumises au cens fiscal durent promptement disparaître.

56. A cette cause d'appauvrissement du trésor s'en joignait une autre.

Sous la domination romaine, certaines fonctions étaient accompagnées ou suivies de l'attribution viagère d'une portion des produits fiscaux. Les cens de telle localité, ou les produits de tel tribut, par exemple le péage d'un pont ou les redevances d'un village, soit en travaux corporels, soit en fruits, en nature, étaient abandonnés à celui qui sortait de charge, ou au particulier que l'empereur voulait récompenser.

Les personnes pourvues de cette délégation des revenus fiscaux s'appelaient *honorati*.

L'attribution partielle du cens public se multiplia sous les rois germains; il paraît même que de nombreux éléments du fisc reçurent cette destination perpétuelle. On les retrouve à chaque instant dans les monuments de cette époque, sous le nom de *fiscus*, de *munus*, d'*honor*.

Celui qui jouissait d'un *honor* en percevait tout le cens et n'en rendait rien *ad partem regiam*.

Les comtes, les *judices* et autres collecteurs du tribut tendi-

rent constamment à convertir leur perception émolumentée en une perception absolue, c'est-à-dire que les fonctions devinrent entre leurs mains des *honneurs*, dans le sens qui vient d'être expliqué. Déjà cette révolution était à peu près complète, lorsqu'ils obtinrent des derniers rois de la seconde race l'hérédité de ces charges devenues des honneurs. Alors l'autorité royale dépouillée, non-seulement des revenus de la part fiscale, mais encore du pouvoir d'en disposer, se trouva réduite aux seuls produits dont elle s'était réservé la perception directe. Ce ne fut plus qu'une puissance de même nature que celle des comtes inférieurs, et, pour dominer plus tard sur cette dernière, elle dut exploiter d'autres causes et d'autres évènements.

57. La révolution qui remplaça les rois de la première race par ceux de la seconde, et celle qui fit tomber ceux-ci devant l'immense anarchie des xe et xie siècles, que l'on est convenu d'appeler institutions féodales, ont été diversement expliquées et caractérisées. Il n'entre pas dans mon sujet d'essayer la critique des systèmes successivement adoptés ; je ferai seulement observer que, dans la plupart, on n'a pas assez tenu compte de l'état légal des pays soumis à la domination nouvelle des hommes du Nord, et du caractère même de cette domination.

Il ne faut pas perdre de vue que les Gaules, depuis l'envahissement de César jusqu'à celui de Clovis, n'ont pas cessé d'exister à l'état de pays conquis ; sous le nouveau gouvernement, les choses n'ont pas changé ; le sol gaulois, tributaire d'une puissance étrangère, a continué de l'être ; vaincu sous la domination romaine, il a encore été vaincu sous la domination des barbares ; pillé sous la première, il a été pillé sous la seconde ; du ier au xe siècle, il n'a pas cessé d'avoir d'autres maîtres que les propriétaires légitimes, et de satisfaire à des exactions spoliatrices, dans un intérêt qui n'était pas le sien.

Mais entre la première et la seconde conquête il existe une différence essentielle : l'une a été accomplie au nom et au profit d'un maître unique, le peuple romain, et plus tard l'empereur ; l'autre a été exécutée par des bandes armées, commandées par des chefs divers, sans lien commun autre que l'intérêt du moment, ou l'influence toute matérielle du plus puissant.

Ainsi, tandis que les résultats de la conquête romaine convergeaient vers un même objet et tendaient à se réunir dans une même main, ceux de la conquête barbare devaient, par la nature même de leur cause, se diviser et s'éparpiller comme les éléments qui les produisaient.

Aussi lorsque les rois de la première race s'attribuaient la puissance impériale et s'efforçaient d'en maintenir les institutions traditionnelles, ils se plaçaient en dehors des évènements auxquels ils devaient leur position. C'était une lutte qu'ils élevaient contre la réalité et dans laquelle ils devaient succomber.

L'objet de la conquête barbare, comme celui de la conquête romaine, était le butin, la richesse, les biens de ce monde; mais le barbare agissait individuellement; le chef de bande pillait et envahissait pour lui et pour les siens; l'appropriation personnelle, et non l'accroissement de son pays ou l'honneur de sa patrie, était son but, et ce but de toutes les intentions actives devait être atteint.

Lors donc qu'après avoir triomphé des résistances rattachées à l'impulsion que la domination romaine avait imprimée aux évènements, les chefs d'arimanie, les hommes puissants par le nombre de leurs vassaux, parvinrent à réaliser l'esprit de l'envahissement et à lui rendre son caractère véritable et primitif, le butin se trouva divisé comme l'armée victorieuse; il devint patrimoine et propriété privée, comme il devait l'être; les cens, les tributs, les obligations imposées aux vaincus, les redevances et les vexations de toutes sortes, créées par l'avidité romaine et le génie fiscal de la plus rapace des nations, eurent le sort du vase de Soissons; cette richesse saisissable, et depuis longtemps dévolue au conquérant étranger, se fixa dans les mains de maîtres héréditaires et la conquête fut accomplie.

58. Une fois tombée dans le domaine privé, cette portion des revenus du sol n'en sortit plus; elle s'accrut ou diminua suivant que celui auquel elle se trouva dévolue fut puissant ou faible; mais jamais elle ne cessa d'être distincte de la part du propriétaire; en un mot, l'appropriation particulière du *census*, loin d'opérer sa confusion avec le *reditus*, l'en sépara plus profondément.

Ainsi la part de la conquête, de l'envahissement et de la force, constituée par l'invasion romaine, recueillie et patrimonialisée par l'invasion barbare, a formé dans la richesse particulière un élément propre et permanent; cet élément, maintenu par la puissance et l'énergie de l'intérêt privé, a duré jusqu'à la grande révolution de 1789, qui, après dix-huit siècles d'oppression, a rendu au sol sa liberté première.

Le système de droits et de produits dont l'historique vient d'être sommairement tracé constituait ce que sous le régime seigneurial on nommait la justice; expression dont le sens est bien éloigné de celui qu'on lui prête aujourd'hui.

Dans la dissertation qui va suivre, je me propose de justifier ce que je viens d'exposer; les faits qui seront successivement établis nous feront voir cet élément de richesse seigneuriale se formant sous l'oppression romaine, se maintenant en présence de l'invasion germanique et se perpétuant sous le régime féodal et les institutions monarchiques; je montrerai de siècle en siècle, et pour ainsi dire de jour en jour, les mêmes exactions, les mêmes abus, les mêmes actes d'oppression, avec les mêmes noms, la même nature et les mêmes effets; l'étude de la législation coutumière et de ses vicissitudes rendra manifeste la suite non interrompue et pour ainsi dire la vie persistante de cette sorte de propriété représentative du butin et du pillage de la victoire.

On comprendra clairement alors tous les titres que les droits de justice avaient à la haine de la nation, leur caractère oppressif et les effets naturels et nécessaires des lois qui les ont abolis.

---

§ II.

EXPOSÉ HISTORIQUE DU FIEF.

SOMMAIRE.

59. A côté du *census* et des *fonctiones publicæ* recueillis par l'agent du fisc romain, puis par la justice barbare, étaient les *reditus*, les revenus, profits de la propriété du sol et attribués au *possessor*. Ces droits ont aussi leur histoire; on a vu les premiers engendrer la justice; ceux-ci ont formé le fief.

Les lois de Théodose et de Justinien distinguent deux espèces de possesseurs, les petits et les grands; les premiers sont exercés par les curiales, les seconds le sont par les *præsides* des provinces, et même en certains cas par l'empereur, lorsque leur résistance est à craindre pour le *præses* lui-même (1).

Ces grands propriétaires dont la puissance peut balancer celle des grands officiers et contre laquelle vient se briser celle du curiale sont désignés sous le nom de *potentes*, *potentiores*.

Leur influence est indiquée, sous un autre rapport, comme également redoutable à l'autorité publique.

Les empereurs ont dû, par des édits répétés, défendre que les puissants prissent des plaideurs sous leur protection ou plaçassent sous leurs noms des propriétés qui ne leur appartenaient

---

(1) L. 12, Cod. théod., *De exact. trib.*

pas. Deux titres entiers du code de Justinien sont consacrés à cet objet que les intitulés font connaître. — Lib. 2, tit. 14, *Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare.* Tit. 15, *De his qui potentiorum nomine titulos prædiis affigunt.*

Ces lois et les monuments de cette époque nous montrent les petits propriétaires se réfugiant à l'abri des grands, plaçant leurs biens et leurs personnes sous leur nom et sous leur autorité ; c'est ce que nous avons déjà vu à l'égard des immunités : le possesseur d'un petit domaine, incapable de résister aux exactions des officiers publics, le livrait à l'immuniste, pour partager les avantages de l'immunité, ou au riche, pour profiter de sa puissance.

60. L'influence des *potentes*, loin de diminuer sous la domination barbare, dut s'accroître, car la cause en était dans la faiblesse du pouvoir suprême, plus chancelant encore aux mains des rois germains que dans celles des empereurs. Aussi, non-seulement les *potentes* continuent-ils de figurer dans les actes législatifs, mais encore leur puissance parait légitimée; il semble que c'est un fait auquel le pouvoir public se résigne; l'autorité les accepte, et les ordres des rois barbares, s'adressant à ceux qui gouvernent, comprennent parmi eux les *potentes* sans autre désignation. *Episcopi verò vel* POTENTES *qui in aliis possident regionibus.* — *Si quis* POTENTEM *quemlibet exspoliaverit......*

Quelle que soit la puissance de Charlemagne et la force des institutions qu'il établit, l'autorité de ses officiers doit fléchir comme celle des empereurs devant l'influence des *potentes* et c'est à lui qu'il doit réserver le jugement des affaires dans lesquelles ils sont intéressés : *Ne comes palatii nostri potentiores causas sine nostrâ jussione finire præsumat, sed tantùm ad pauperum et minùs potentium justitias faciendas sibi sciat esse vacandum* (1). Il redoute leur indépendance à ce point qu'il refuse de leur confier même l'administration de ses biens personnels ; en parlant du choix des intendants de ses domaines, il dit : *Ne-*

(1) Ann. 812, *Capit. tert.*, Baluz., 1-497.

quaquàm de potentioribus hominibus majores (les maires ou intendants) *fiant, sed de mediocribus qui fideles sunt* (1).

61. C'était à la propriété que les *potentes* devaient leur puissance sous la domination romaine : *Potentiores*, dit Cujas, *sunt qui opibus et gratiâ valent et conventu sunt difficiles.* Dans toute organisation sociale, celui qui peut disposer d'une grande richesse jouira toujours d'une influence et d'une autorité devant lesquelles le principe d'égalité devra fléchir, quelque attentives que soient les lois à en préserver l'administration de la justice. Sous le gouvernement des rois barbares, la richesse territoriale perdit de l'influence morale qu'elle est naturellement appelée à exercer dans des institutions régulières, mais elle regagna sous un autre rapport et pour une autre cause.

Les historiens nous représentent les nations germaines constituées en bandes armées, sous le commandement d'un chef élu; les liens qui rattachent les membres de la bande à son chef sont des présents, des dons, qui servent de cause à la fidélité et au service du premier envers le second.

Le commandant reçoit, dans les écrits romains, le nom de *senior*; son droit sur ses affidés celui de *senioratus*; ceux-ci sont nommés *arimanni vassi.*

Cette organisation de la bande rencontra sur le territoire romain l'usage ou la tendance du patrociniat; une grande similitude de moyens et d'objet dut bientôt confondre ces deux modes d'associations.

Les lois des Wisigoths, dans la rédaction desquelles la langue latine subit moins que dans le nord l'influence des expressions teutoniques, rendit le mot séniorat par le mot *patrocinium*; le *senior* fut à ses yeux le *patronus*. *Si quis ei quem in patrocinio habuerit arma dederit, apud ipsum quæ sunt donata permaneant. Si verò alium sibi patronum elegerit, habeat licen-*

(1) *Capit. de villis*, an 812; CO, Baluz., 1-339.

tiam cui se voluerit commendare... sed reddat OMNIA PATRONO QUEM DESERUIT (1).

Le séniorat ou le patrociniat eut donc deux moyens : le premier, dérivant des usages germaniques, consista dans la donation que fit le *potens* de terres dépendantes de son domaine; cette donation se fit à titre de bénéfice, *jure beneficio*; moyennant cette attribution, le donataire fit partie de la bande ; il eut droit à la protection du *senior*, du *patronus* : il dut à celui-ci la fidélité et le service.

Le second fut la recommandation et la continuation de la mesure vainement interdite par les empereurs romains. Le petit propriétaire, incapable de se défendre contre le double pillage des exacteurs publics et des *potentes* voisins, fit choix de l'un deux et le constitua son patron, lui livrant sa propriété pour la recevoir immédiatement à titre de bénéfice, aux mêmes charges et conditions que le *vassus*.

62. Je ne suivrai point ici les diverses vicissitudes au travers desquelles le séniorat s'établit et comment se constitua le pouvoir féodal; il me suffira, pour l'objet de cette discussion, de rappeler que la constitution du *patrocinium* comportait deux éléments, d'abord la richesse qu'il avait pour condition essentielle de maintenir et d'accroître; ensuite, et surtout lorsque la puissance publique s'évanouit, la force armée. Le seigneur devait donc s'assurer du produit et des soldats.

Ce fut le double objet des concessions ou des retenues bénéficiaires : toutes comportent de la part du bénéficier, soit qu'il tienne sa terre d'une attribution gratuite et directe, soit qu'elle lui soit retournée par la voie de recommandation, l'obligation ou d'un cens en argent, en nature, ou en travaux, ou celle d'un service personnel, le plus souvent militaire. Les terres de la première condition furent qualifiées *in censu*, celles de la seconde furent dites *in feodo*. Plus tard, la charge détermina le nom de la concession : les terres données *in censu* furent dites *cen-*

(1) L. Wisig., v, tit. 3, 1.

sives ou *terres censuelles*; celles qui furent assujéties au service militaire furent nommées *feuda*, *fiefs*, possessions féodales; le terme de bénéfice fut supprimé dans les actes et remplacé par celui qui désignait la catégorie particulière de la possession (1).

(1) L'expression *beneficia militaria* a servi d'intermédiaire au terme *feuda*, qui ne se trouve pour la première fois que dans les actes du neuvième siècle.

CHAPITRE III.

DE LA PATRIMONIALITÉ DANS LA JUSTICE ET DANS LE FIEF.

§ Ier.

DES JUSTICES.

SOMMAIRE.

63. De la règle que les justices sont patrimoniales.
64. Sens divers des mots employés dans les temps barbares.
65. Valeur du mot *justitiæ* dans les actes de la première et de la deuxième races.
66. Le même mot présenté avec le même sens dans les actes de la troisième.
67. Signification du mot *vicaria*.
68. Constitution et fonctions du comte sous la première race.
69. Émoluments des fonctionnaires justiciers.
70. Des *honores* et des *honorati* sous la domination romaine.
71. Des *honneurs* sous les rois des deux premières races.
72. Des *gradus*; de l'hérédité et de la disponibilité.
73. De la subdivision des justices; des vicaires et centeniers; justice haute et basse.
74. Démembrements divers des droits de justice.
75. De la disposition des justices à l'égard des personnes justiciables.
76. Disposition des droits curiaux et commerce des bénéfices et produits ecclésiastiques.
77. De la concession des droits de justice en fief.

63. Je dois actuellement justifier l'aperçu sommaire du fief et de la justice, qui vient d'être exposé; c'est dans le développement des règles propres à chacune de ces institutions que je trouverai la démonstration qui m'est nécessaire.

Deux maximes célèbres dominent tout le système seigneurial : « Le fief et la justice sont patrimoniaux, » et « fief et justice n'ont » rien de commun. » C'est par leur examen que nous devons commencer.

Relativement à la justice, la première maxime est ainsi expliquée par Delaurière, sur Loysel, liv. 2, tit. 2, règl. 42 : « La » justice est patrimoniale, c'est-à-dire que les seigneurs ont le » domaine et la propriété de leurs justices ; d'où il résulte qu'el- » les peuvent être vendues et qu'elles sont héréditaires comme » les autres biens. »

Cette règle n'est contestée par aucun feudiste, quoique vivement critiquée ; pour en apprécier le sens et la portée, nous devons d'abord constater ce que comprenait le mot justice, dans l'intention de la maxime.

64. C'est un fait digne de remarque que la variété d'acception d'un même mot dans les écrits des deux premières races : le mélange des nations diverses ayant à devenir un même peuple, la nécessité pour la langue romaine de se prêter aux choses nouvelles, et, plus que tout cela peut-être, la grossièreté de ceux qui s'en servaient, eurent pour effet commun de dénaturer les expressions. Le jurisconsulte barbare traita l'idiome des vaincus comme leur personne et leur fortune, et l'appropria violemment à ses usages. Dans un siècle de désordre où le pillage était l'objet et le but de toutes les actions, les mots devaient naturellement subir l'influence des spoliations dont les populations étaient victimes. Aussi tous ceux qui désignent la puissance ou l'autorité reçoivent dans les écrits du temps un double sens : *Honor*, *potestas*, *gradus*, *dignitas*, *advocatia*, *vicaria*, *lex*, *jurisdictio*, *conditio*, *consuetudo*, *rectitudo* (1), sont à chaque instant

(1) Voy. ces mots dans Ducange.

employés, soit pour exprimer le rang, les fonctions, la juridiction, la loi ou le droit, soit pour signifier les produits de la charge, les amendes judiciaires, les redevances fixées par la coutume, avec le même sens que les mots *census*, *tributum*, *functiones*.

Le plus souvent c'est cette dernière valeur qu'ils reçoivent dans l'intention des législateurs et des contractants : preuve manifeste que l'objet le plus ordinaire des préoccupations de ceux-ci n'était pas la mission publique, le bien général ou le droit de chacun, mais le bénéfice matériel, la facilité du pillage, l'abus de la puissance, les rentes, les redevances, les péages et *alia talia*, c'est-à-dire l'exaction sans bornes et sans limites.

65. Le mot *justitia* est peut-être celui de tous qui se présente avec le plus de significations diverses : tantôt il est pris pour le sentiment du juste ; pour la juridiction ou le droit de juger ; pour l'exercice de ce droit ; pour le pouvoir d'exécuter les jugements ou de contraindre à l'acquittement d'une obligation ; pour cette obligation elle-même ; tantôt enfin, comme tous ceux dont il vient d'être parlé, pour l'ensemble des redevances ou usurpations des *judices* ou *justitiarii*.

C'est avec cette dernière signification qu'il s'est définitivement établi dans la langue féodale ; cette assertion doit résulter de l'ensemble de notre étude, et quand nous en aurons parcouru les développements, elle sera devenue d'une vérité manifeste. Cependant je ne dois pas attendre, pour la rendre sensible ou probable, que la discussion soit terminée ; quelques citations vont la mettre dans un jour suffisant pour aborder l'examen approfondi de la matière.

Ducange, au mot *Justitia*, a réuni un assez grand nombre de citations dans lesquelles ce mot a le sens que je viens d'indiquer.

De cœteris ecclesiis quœ sub illorum fuerint potestate, prœcipimus ut JUSTICIAM SUAM *et* HONOREM *habeant. Charta divisionis imperii Car. M., cap.* 10.

Pro exigendis à Desiderio JUSTICIIS *B. Petri, quas reddere sanctœ Dei Ecclesiœ nolebat. Anastas. in Stephano*, 4, *p.* 97.

JUSTITIAS *B. Petri, juxta quod repromiserat non reddidit. Id. in Hadriano, p.* 100.

Dicebat quædam prædia violenter occupari et JUSTITIAS SUAS, *quas in civitate suâ utinè de* ADVOCATIA *consequi debebat, sibi frequenter impediri. Burchardus Wormaciensis in lege fam.*

Ut consuetis JUSTITIIS *et* DEBITIS OBSEQUIIS *te defraudent. Gregorius, lib.* 3, *Decret., tit.* 3, *cap.* 9.

Hauteserre, dans son traité *De ducibus*, transcrit les passages suivants, dans lesquels le mot *justitia* a la même signification que dans les exemples précédents.

P. 140 : *De omni* JUSTITIA *ad fiscum regium duas lucri partes reddant, tertia tantùm comiti remaneat. Lex hungarica.*

P. 271: *Tunc Pippinus rex cernens Vuaffarium ducem Aquitaniorum minimè consentire* JUSTITIAS *Ecclesiarum partibus quæ erant in Franciâ, consilium fecit ut iter ageret supradictas* JUSTITIAS *quærendo in Aquitaniâ... Vuaffarius dedit obsides... ut omnia redderet et quidquid rex quærebat in causis ecclesiasticis. Annales Francorum.*

P. 323 : Le pape Alexandre réprimande les moines : *Quòd fidelitates et hominia benigne susciperent,* JUSTITIARIAS *et tributarias tenerent.*

Tous ces exemples appartiennent aux époques de la 1re et de la 2e race.

66. Dans les temps féodaux, ni l'objet, ni la valeur du mot *justitia* ne sont changés.

Une ordonnance de 1190 porte : *In nostri terris baillivos posuimus qui ponent unum diem in quo omnes recipiant jus suum per eos et* JUSTITIAM *sine delatione et nos nostra jura et nostram* JUSTITIAM. Le mot *justitia* est pris dans ce passâge sous une double acception, et dans la dernière il signifie manifestement l'ensemble des redevances seigneuriales que les baillis avaient mission d'exiger (1).

Une autre ordonnance du 1er mai 1209 emploie le mot justice

(1) C'est aussi ce que fait observer Delaurière, t. 1, p. 18.

dans le même sens: « *Quandocumquè contigerit... quilibet eo-*
» *rum... servitium tenebitur exhibere et domino deservire et*
» *reddere rachatum et* OMNEM JUSTITIAM (1). »

On les retrouve avec la même valeur dans les actes des XIIIe, XIVe et XVe siècles ; le registre des *Olim*, notamment, donne sur les noms, la nature et l'objet des droits compris sous l'expression de justice, les détails les plus complets ; l'exemple suivant remplira suffisamment notre objet actuel.

« Cùm quæstio verteretur inter abbatum et conventum S.
» Salvii, ex unà parte et majorem et juratos ejusdem loci, ex al-
» terâ, super eo quòd ipsi abbas et conventus dicebant quòd cùm
» ipsi habebant, racione ecclesiæ suæ, omnem justitiam altam et
» bassam apud Escuir et Byaumeri, dicti major et jurati, contra
» justiciam, homines in ipsis villis manentes justitiare nitentur,
» utpotè de releviis corveis, terragiis, falciliagiis, forisfactis,
» excadentiis et aliis plurimis casibus in præjudicium et grava-
» men ecclesiæ suæ ; ad que dicti major et jurati respondebant
» quòd, licet homines dictarum villarum sint censuarii ipso-
» rum abbatis et conventùs, tamen ipsi homines sunt bur-
» genses domini regis et de communiæ suæ, racione cujus bur-
» gesie et communie ipsos homines justiciant et justiciari con-
» sueverùnt à tempore regis Philippi usque nunc. Et maximè cum
» ipsi abbas et conventus, id quod habent in ipsis villis, habeant
» in dono comitis Pontivi et ipse comes id solum dederit eisdem
» quod ibidem habebat (2). »

---

(1) Delaurière, Coll. du Louvre, t. 1, p. 29.

(2) Tom. 1, p. 21, n° 20. Trad. : « Le procès s'élevait entre l'abbé et le » couvent de Saint-Salvien, d'une part, et le maire et les jurés du même lieu, » de l'autre, sur ce que lesdits couvent et abbé disaient que lorsqu'ils avaient, » à raison de leur église, toute justice haute et basse dans Escuyer et Byaumeri, » lesdits maire et jurés, contre leur droit, s'efforçaient de justicier les hommes » habitant ces villages, en prélevant les reliefs, les corvées, les terrages, les fau- » cillages, les amendes, les échoites et plusieurs autres redevances, au préju- » dice et dommage de leur église ; à quoi lesdits maire et jurés répondaient » que quoique les hommes desdits villages fussent censitaires desdits abbé et » couvent, cependant ces hommes sont bourgeois du seigneur roi et de sa com- » mune, à raison de quelle bourgeoisie et commune eux maire et jurés ont » coutume de justicier lesdits hommes depuis le temps du roi Philippe jusqu'à

Remarquons sur ce document : 1° Les droits qui font l'objet du litige, *relevia*, les reliefs ; *corveia*, les corvées ; *terragia*, les terrages; *falcillagia*, le faucillage ; *forisfacta*, les amendes; *excadentia*, les échoites ou confiscations ; et *alii casus*, désignés plus loin sous le nom de *talia*, les tailles, et *calvacata*, la chevauchée.

2° Le nom de justice donné à la réunion de ces droits; l'expression *justitiare* qui signifie prélever les redevances composant la justice.

Les droits qui recevaient le nom de justice au XIIIe comme au VIIIe siècle constituaient encore la justice seigneuriale au XVIIIe ; si j'ouvre le *Traité de justice des seigneurs*, par Jacquet, imprimé en 1764, j'y trouve, comme dans l'arrêt emprunté aux *Olim*, les amendes, les confiscations, les échoites, les tailles, les corvées, les droits de rivière, de chasse, de pêche, de ban, de moulins, de péages, de cens, de reliefs, etc.

67. Dans les diverses branches et subdivisions des justices, les mots signifiaient également leur objet lucratif ; ainsi les péages, les obligations relatives aux travaux publics, étaient des justices: On lit dans la loi des Lombards, *cap.* 32 :

De pontibus verò vel reliquis his similibus operibus quæ per antiquam consuetudinem ecclesiastici homines et per JUSTITIAM *cum reliquo populo franco debent, hoc præcipimus ut....* (1).

Un arrêt des *Olim* de 1283, statuant sur un droit de péage contesté, dispose en ces termes: *De* JUSTITIA THELONEI *fuit ordinatum quòd illud observabitur, quod in cartâ super hoc confectâ continetur* (2).

Les fonctions du comte se déléguaient, comme je l'expliquerai plus tard, à des employés subalternes désignés sous le nom de *vicarii*. Dès lors la justice des vicaires s'appelait *vicariá*. Ce

»ce jour. D'autant plus que ce que les abbé et couvent possèdent dans ces vil-»lages, ils le tiennent d'un don du comte de Pontivy, lequel n'a pu leur donner »que ce qu'il y possédait lui-même. »

(1) Baluze, 2, p. 338.

(2) *Olim*, t. 2, p. 221, n° 1.

terme non moins que celui de justice a été constamment employé pour désigner l'ensemble des exactions attachées aux fonctions de viguier.

VICARIA, dit Ducange, *exactio quam vicarius faciebat intrà vicariæ suæ limites. Tabular. S. Eparchii Inculism. Totam illam pravam consuetudinem, quam in terrâ S. Eparchii, quæ vulgò* VICARIAS *appellatur, violenter et injustè per accessionem vigeriæ capiebant.*

« On ne peut mieux apprendre, dit Hévin, ce que c'est que » *vicaria*, vicaireries, que par un titre de 1066, qui porte une » donation que Foulques de Vendôme fit aux moines de Saint- » Martin : *Fulco comes Vindocimensis dedit Sancto Martino » consuetudines omnes quas habebat in terrâ de Loiry, vicariam, » scilicet commendisiam et careium et omninò omnes si » quas alias in villis supradictis habebat consuetudines*, et une » du même an 1066, du roi Philippe Ier, qui dit : *Nullus in suo » loco bannum aut vicariam aliquam, nisi sancto Dionysio » persolvat* (1). »

On lit dans une charte de 1119 transcrite par Brussel, p. 394 : *Supradicta enim terra infestatione malorum hominum et malorum consuetudinum captione quæ à servientibus terræ illi superpositæ erant, penè in solitudinem redacta fuerat ; quas omnes consuetudines malas et ipsam* VICARIAM, *nos renoventes, præcipimus ne deinceps illæ malæ consuetudines et* VICARIA *capiantur.*

Hévin déjà cité transcrit un passage de l'historien Lebaud, lequel fait connaître qu'un seigneur nommé Rivallon jouissait « des devoirs et coutumes, lesquels on appelait *vicaireries*, et, » pour ces coutumes et aussi pour la garde du château de Rennes » et autres priviléges, il fut appelé *vicaire* et depuis *vicomte*, » qui est un même (2). »

On verra plus loin que la vicairerie, voyère, basse justice et justice vicomtière n'étaient qu'une même chose.

C'en est assez pour montrer, quant à présent, que la jus-

(1) *Questions féodales*, p. 14.
(2) *Questions féodales*, p. 16.

tice seigneuriale n'a jamais cessé de consister dans les droits dont il vieut d'être fait mention ; c'était leur exercice et leur possession qu'on appelait justice, dans la laugue de l'ancien régime ; il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette expression et lui attribuer le sens bien différent qu'elle reçoit aujourd'hui.

68. Maintenant recherchons comment la justice ainsi entendue a été patrimoniale, et le sens de la maxime qui lui donnait ce caractère.

Les fonctionnaires appartenant à l'administration mérovingienne étaient, comme sous le gouvernement romain, de deux sortes ; les uns, sédentaires, étaient désignés sous les noms de comtes, ducs, patrices, marquis ; les autres parcouraient les provinces, exerçant le rôle d'iuspecteurs. Je reviendrai avec plus de détail sur les fonctions respectives de ces divers officiers ; quant à présent, la formule d'iustitution suivante en fera suffisamment connaître l'objet :

« Charta de ducatu, patriciatu vel comitatu. Præspicuè » regalis in hoc perfecta conlaudatur clementia ut inter cuncto » populo bonitas et vigilantia requiratur personarum ; nec facilè » cuilibet judiciariam convenit committere dignitatem, nisi priùs » fides seu strenuitas videretur esse probata. Ergò dùm et fidem » et utilitatem tuam vidimus habere compertam, ideò tibi actio» nem ducatùs, comitatùs, ac patriciatùs, in pago illo, quem » antecessor tuus ille, usquè nunc visus est egisse, tibi ad agen» dum regendumque commisimus ità ut semper erga regimine » nostro fidem inlibatam custodias, et omnis populus ibidem » commanentes, Franci, Romani, Burgundiones, quàm reli» quas nationes sub tuo regimine et gubernatione degant et » moderentur, et eos rectâ tramite secundùm legem et consuc» tudinem eorum regas, viduis et pupillis maximus defensor » appareas, latronum et malefactorum scelera à te severissimè » reprimantur ; ut populi benè viventes, sub tuo regimine gau» dentes debeant consistere quieti ; et quidquid de ipsâ actione in » fisci ditionibus speratur, per temetipsum annis singulis nostris » ærariis inferatur (1). »

---

(1) *Formules de Marculfe*, liv. 1, n° 8. Trad. : « Charte de duché, de pa-

On voit par cette formule que le comte ou leduc réunissaient toutes les parties de l'administration que l'organisation moderne a divisées ; cet exercice général était désigné par les mots : *actio* , *regimen* , *gubernatio*, *agere*, *regere* ; il comprenait expressément la protection des faibles , la répression des malfaiteurs et le maintien de la paix publique ; l'autorité dont le comte était revêtu s'appelait *judiciaria*, sans que cependant la justice proprement dite se trouve relatée ; enfin , cet officier était particulièrement chargé du recouvrement de l'impôt : *Quidquid de ipsâ actione in fisci ditionibus speratur* , *per temetipsum annis singulis nostris œrariis inferatur.*

Cette dernière disposition nous fait connaître l'existence d'un fisc royal et celle d'un impôt perçu par le comte et versé par lui au trésor public une fois par an.

69. Les fonctions de comte étaient, ainsi que l'indique également la formule , à la disposition du roi ; elles étaient l'objet de l'intrigue et de l'ambition de tous les hommes qui , par leur position , y pouvaient aspirer. Un passage de Grégoire de Tours nous fait savoir qu'elles s'obtenaient souvent à prix d'argent et qu'à l'expiration du temps fixé pour leur durée , l'officier se faisait maintenir par des présents : *Peonius verò hujus muni-*

»triciat ou de comté. La prévoyance royale a pour objet principal de choisir »parmi tout le peuple les personnes les plus capables et les plus vigilantes ; »la dignité justicière ne doit être confiée qu'à celui dont la fidélité et le talent »sont bien reconnus. C'est donc après avoir constaté ton dévouement et ton »mérite que nous t'avons confié l'administration du duché, comté ou patri»ciat, dans le *pagus* tel , comme ton prédécesseur l'a administré jusqu'à ce »jour, afin que tu la diriges et l'exerces, en nous gardant la fidélité promise à »notre gouvernement, et de manière que tous les habitants Francs, Romains, »Bourguignons et autres nations, vivent et se comportent sous tes ordres et ton »action ; que tu les gouvernes équitablement selon leurs lois et leurs coutu»mes ; que tu te montres surtout le défenseur des veuves et des orphelins ; que »tu réprimes sévèrement les voleurs et les malfaiteurs ; que tous ces peuples »puissent vivre sous ton gouvernement tranquilles et heureux ; et que chaque »année tu verses dans notre trésor tout ce que ton exercice doit faire toucher »au fisc de revenus. »

cipii comitatum regebat; cùmque ad renovandam actionem munera regi per filium transmisit.... (1).

Les bénéfices qu'offrait la possession d'une charge étaient de deux sortes : les uns consistaient dans les émoluments qui y étaient attachés; les autres, dans les abus que l'exercice en permettait : ces derniers étaient de beaucoup les plus profitables; j'en parlerai dans un chapitre exprès; quant à présent, je ne dois exposer que l'état normal et régulier de l'administration, car, dans les temps les plus anarchiques, des règles existent et dominent au milieu du désordre qui consiste précisément dans leur violation.

Les officiers romains recevaient pour émolument une portion de l'impôt en nature : *Omnibus*, porte un édit de Théodose, *tam viris spectabilibus quàm viris clarissimis judicibus, qui per provinciam sive militarem, sive civilem administrationem gerunt... item et adsessoribus judicum singulorum, in prœbendis solatiis annonarum hic fixus ac stabilis servabitur modus, ut ea pro annonis et capite dignitatis suæ debitis pretia consequantur, quæ particularibus delegationibus solent contineri* (2).

Les délégations dont il est parlé dans cette loi, et dont nous aurons plusieurs fois à nous occuper, consistaient dans l'état des tributs alloués aux délégataires : *Delegationes*, dit Cujas sur la loi précédente, *sunt notitiæ quæ administrationibus singulis et officiis delegantur, quibus annonæ eis debitæ taxantur, et capita aut pretia earum quæ sumant in tributis illius vel illius provinciæ.*

Sous la domination des rois de la première et de la deuxième race, les profits réguliers des comtes, ducs et autres *judices*, consistaient également dans une part des produits fiscaux. Cette part était diverse, probablement selon la coutume suivie sous le gouvernement romain (3). Généralement elle consistait dans le

(1) Grég. de Tours, *Hist.*, 4, 41 ; voy. Lehuërou, *Institutions mérovingiennes*, p. 309.

(2) Cod. Just., *lib.* 1, *tit.* 52, *l. un.*

(3) Sur les traitements des préteurs romains, voy. Laboulaye, *Des lois criminelles de Rome*, p. 173.

tiers des redevances perçues : *Ut non per aliquam occasionem... heribannum comes exactare præsumat, nisi missus noster priùs heribannum ad partem nostram recipiat et ei suam* TERTIAM PARTEM *exindè per jussionem nostram donat* (1).

Otho Frisingensis, historien de Frédéric Ier, rapporte la disposition suivante : *Hinc est ut cùm prædictum regnum per 70 vel ampliùs divisum sit comitatus, de omni* JUSTITIA *ad fiscum regium duæ lucri partes cedant,* TERTIA *tantùm comiti remaneat.*

Cette proportion fut la règle des fonctions justicières tant que l'officier fut astreint à une reddition de compte ; ainsi, au onzième siècle, le tiers des profits était encore la condition des justiciers des monastères, ainsi qu'il résulte de la chronique de Trithemius : *Nullum autem servitium aliud, jus, aut beneficium sibi (advocato) pro hæc concedi recognoscat, nisi* TERTIUM *bannum et consuetudinariam* JUSTITIAM (2).

La possession des charges de comtes, *gradus*, fut l'objet des luttes qui renversèrent successivement les rois de la première et de la seconde race. Les grands se les disputèrent, et leur disposition fut la cause de la puissance des maires du palais, dont les attributions étaient de les concéder. Les possesseurs cherchèrent à se maintenir dans leurs fonctions : d'abord ils parvinrent à les rendre viagères, puis héréditaires ; c'est la marche ordinaire de toutes les ambitions, et les fonctions publiques ont subi plus d'une fois cette vicissitude dans le cours de notre histoire.

70. Les émoluments dévolus aux comtes et autres fonctionnaires ne comprenaient qu'une partie des revenus fiscaux ; ainsi ni l'inamovibilité, ni même l'hérédité, ne devaient seules appauvrir la royauté. C'est à une autre cause que se rattache l'anéantissement du pouvoir royal, et cette cause n'a jamais été clairement démontrée.

---

(1) Car. Magn., leg. Long., 128.

(2) Hauteserre. *De ducibus*, p. 31.

Vers la fin de la deuxième race, non-seulement le roi n'avait plus la disposition des charges, mais encore il avait cessé de recevoir sa part de l'impôt ; on ne trouve plus mentionnée la *pars regia ;* ainsi la spoliation du fisc était consommée. C'est évidemment à cette circonstance qu'il faut attribuer le dépérissement du pouvoir central ; le roi, sans trésor et sans autorité, ne possédait plus qu'un simulacre de puissance, qui devait complètement s'évanouir (1).

Sous la domination romaine, les empereurs avaient à leur disposition deux sortes de libéralités : ils donnaient des terres fiscales et ils déléguaient des impôts. Je parlerai plus loin des attributions de terres fiscales ; je dois ici m'occuper des donations d'impôts, car c'est la source des justices.

La délégation des impôts se faisait parfois en vue des mérites ou des services particuliers : *Annonas publicas*, dit une loi de Théodose, *non tàm titulis dignitatum*, *quàm singulorum viritim meritis attributas divi Constantini liberalitate, sanè claruit* (2). La loi 75, *lib.* 12, *tit.* 1, *Cod. Theod.*, nous apprend que ces attributions étaient souvent obtenues par l'intrigue, *gratiâ emendicatisque suffragiis.*

La disposition d'impôts la plus fréquente et la plus remarquable avait lieu à titre d'*honor*. Les commentateurs n'ont pas donné de cette expression une explication claire et positive; tout ce qui résulte de leurs interprétations assez diverses, c'est que l'*honor* était le bénéfice accordé à l'*honoratus*, et celui-ci généralement un décurion qui avait rempli des charges publiques. C'est, en effet, ce qui résulte des textes suivants :

La loi 127, *Cod. Theod.*, *lib.* 12, *tit.* 1, l'explique ainsi : *Quicumque, decursis perfunctis officiis, primum obtinuerit in suâ curiâ, sequentibus cœteris, locum, comitivœ tertii ordinis*

---

(1) Voy. les intéressants mémoires de Richer sur les événements du dixième siècle, que la Société historique vient de publier : les comtes reconnaissent encore la souveraineté royale, mais les liens qui les rattachent au roi sont évidemment sans valeur.

(2) Cod. Just., *lib.* 11, *tit.* 24, *l.* 1.

habeat dignitatem, ut ab omnibus eum injuriis dignitas concessa defendat; itâ tamen ut hoc HONORE *donatus, a nexu propriæ originis non recedat.* » Et la loi 138, au même titre : *Curiales qui gradu meritorum usque ad* HONORIAM *pervenerint dignitatem, nulla equorum præstatio maneat.*

Dans le premier texte, comme dans le second, la qualité d'honoré affranchit de l'impôt ; c'est ce que qu'expriment ces mots : *ab omnibus injuriis*. La loi 75 du même titre explique très clairement cette expression en disant que les honorés sont immunes, *habeantur immunes*, c'est-à-dire exempts de l'impôt foncier ou personnel : *Liberumque sit corpus eorum ab injuriis quas* HONORATOS *non decet sustinere.*

Ainsi, dans ses résultats, l'*honor* consistait dans une attribution ou dans un affranchissement de certains impôts.

71. L'usage des attributions d'impôts dut nécessairement se perpétuer sous le gouvernement des rois barbares, lorsque chaque serviteur du roi mettait un prix à ses services et à sa fidélité, et d'ailleurs avait droit à réclamer une part de la conquête. J'ai déjà produit quelques exemples de donations de tributs (1) ; on en trouvera bien d'autres plus tard ; je citerai ici le suivant, tiré d'un diplôme de Lothaire, en 938 : *Insuper concedimus eidm... ut de villâ illâ quæ vocatur Roncho et de omnibus arimannis in eâ morantibus, omnemque districtionem,* OMNEMQUE PUBLICAM FUNCTIONEM *et querimoniam, quam anteà publicus nosterque missus facere consueverat... custodiant et observant* (2). »

Deindè anno 14 regni sui, idem rex (Sigibertus II), *testamento legavit B. Remaclo quædam in Aquitaniâ, puta, telonia in portu Vetraria, ad fluvios Tanacum et Ittam. Itemque portum Sellis et Vogaticum, ad flumen Ligerim, cum omnibus ad eum attinentibus* (3).

---

(1) J'ai aussi parlé des immunités comme cause d'appauvrissement du trésor ; j'en traiterai au long dans le chapitre des juges privés.

(2) Cité par Ducange, v° *Herimanni.*

(3) Ex vitâ S. Remacli, Ad ann. 656, cité par Lehuérou, *Institutions mé-*

Les rois disposaient des honneurs comme des fonctions publiques. Le partage du royaume fait par Louis-le-Débonnaire, en 817, entre ses fils, constate à cet égard le droit de chacun d'eux : *Volumus ut hi duo fratres, qui regis nomine censentur, in cunctis* HONORIBUS, *intrà suam potestatem distribuendis, propriâ potestate potiantur* (1).

Cette expression, comme celle de *justitia*, *gradus*, *potestas*, reçoit plusieurs significations diverses en apparence, mais qui en réalité ne désignent le plus souvent qu'une même chose, le bénéfice de l'impôt. Dans les exemples que je retranscrivais, le mot *honor* exprime tantôt les fonctions, tantôt le bénéfice de la charge, tantôt l'impôt lui-même, enfin le lieu ou l'objet de l'impôt ; mais partout c'est le produit qui est la considération principale, et ce produit est un démembrement et une affectation privée du tribut et de la part fiscale.

Le passage suivant, extrait de la vie de saint Eusicius, détermine très clairement le sens du mot *honor*, la nature de l'attribution et la disposition que le donataire en pouvait faire : « Reverso igitur rege (Childeberto I), unicuique decrevit secundum » acceptationem personæ servitium quod fecerat remunerari. » Igitur Vulfinus ejusdem generis vir nobilissimus, inter cæteros » moribus et honestate præcipuus, remunerationis præmium, » sicut et cæteri præstolabatur. Sed quia celebre beati viri (Eusicii) cognoverat nomen, nihil petit sibi dari nisi super Charî » fluvium quem rex habebat HONOREM. Tunc quòque rex illi concessit quidquid ab eo postulabat. Mox indè reversus ad virum » Dei venit festinus, ac ejus se condonans voluntati, plura de his » quæ à rege beneficiis impetraverat, eidem venerabili viro lar» giri corde tenus ordinavit (2). »

---

rovingiennes, p. 313. V. suprà, n° 24, ce que j'ai dit de la donation des fleuves et des ports publics sous la domination romaine.

(1) Baluze, t. 1, c. 575, n° 3.

(2) D. Bouquet, t. 3, p. 429 ; Lehuérou, *Inst. mérov.*, p. 367. Trad. : « Le roi Childebert, étant de retour, se proposa de récompenser les services » de chacun. C'est pourquoi Wulfinus, homme de noble race, et remarquable » par ses bonnes mœurs et sa probité, se présenta comme les autres pour » recevoir le prix de sa bonne conduite. Mais comme il connaissait le nom

Remarquez qu'ici l'honneur situé sur le fleuve du Cher n'est pas une dignité, mais la possession de l'impôt dont Vulfinus devient propriétaire et qu'il transmet immédiatement au même titre à saint Eusicius.

Dans ce texte extrait des Annales d'Einhard, le mot honneur exprime l'impôt lui-même: *Cœgitque (Pippinus) ut promitterent se (Saxones), annis singulis* HONORIS *causâ ad generalem conventum* 300 *equos pro munere daturos* (1). On a vu plus haut l'exemption de l'obligation de fournir des chevaux faire partie des bénéfices de l'honoré.

La loi des Lombards, *lib.* 2, *tit.* 25, *art.* 2, porte la disposition que voici: *Episcopi et comites uniti sint in suis parochiis et in comitatibus, pro pace et salvatione in* HONORIBUS SUIS HABITANTIBUS; *ita ut nullum prædonem, raptorem vel incestum in suis sedibus vel concessis honoribus permittant morari.* L'honneur est, dans ce passage, la localité où le comte et l'évêque exercent leur gouvernement.

Le roi Charles-le-Chauve, pour acquitter le tribut promis aux Normands, en 866, taxa toutes les terres de son royaume: *De unoquoque manso tam ingenuili quàm et servili, unus denarius sumitur et demùm per duas vices, juxta quod unusquisque regni primorum de* HONORIBUS *habuit, conjectum tam in argento quàm et in vino, ad pensum quod ipsis Nortmannis pactum fuerat persolvendum contulit* (2).

En 869, la même contribution est renouvelée; cette fois le roi exige l'état détaillé des honneurs et des possessions : *Per omne regnum suum litteras misit ut episcopi, abbates et abbatissæ breves de* HONORIBUS *suis, quanta mansa quisque habeat ad futuras kalendas maii deferre curarent, vassali autem domi-*

» célèbre du bienheureux Eusicius, il ne demanda rien autre chose qu'un *hon*» *neur* appartenant au roi sur le fleuve du Cher. Le roi lui accorda tout ce » qu'il avait demandé. Bientôt de retour, il se présenta joyeux devant l'homme » de bien, et, se livrant à sa volonté, il donna de grand cœur à cet homme vé» nérable une partie de ce qu'il avait obtenu des bienfaits du roi. »

(1) Lehuérou, *Inst. carl.*, p. 300.

(2) *Hincm, Remens, annal.*, cité par Lehuérou, *Inst. carl.*, p. 551.

nici comitum beneficia, *et comites vassalorum beneficia imbreviarent* (1).

Plusieurs capitulaires du IXe siècle, mentionnent des honneurs encore appartenant au roi, ce qui démontre que déjà la plupart des biens de cette espèce étaient tombés dans le domaine privé : *Quicumque homo* NOSTROS *habens* HONORES, *in hostem bannitus fuerit* (2). — *Quicumque ex his qui* HONORES NOSTROS *habent* (3). Les textes en distinguent trois espèces, savoir : ceux qui appartenaient au roi, *regales honores*, ceux qui étaient dévolus au clergé, et ceux qui appartenaient aux laïques : *Seculares honores seculares possideant et ecclesiasticos ecclesiastici sortiantur*, porte un capitulaire de Charles-le-Chauve, de 845, c. 12.

Enfin certains honneurs consistaient dans le péage des chemins ou des ponts et entraînaient avec eux l'obligation d'entretenir les lieux dont l'impôt était dévolu à l'honoré. Un capitulaire de 854, art. 4, porte ce qui suit : *De pontibus restaurandis, videlicet est ubi antiquitùs fuerunt reficiantur ab his qui* HONORES *illos tenent de quibus antè pontes facti vel restaurati fuerunt.*

72. L'*honor* différait du *gradus* en ce que l'*honor* attribuait les produits fiscaux en totalité, que la dévolution fût temporaire, viagère ou héréditaire. Le *gradus* ne donnait à son possesseur qu'une part dans l'impôt, ainsi qu'on l'a vu plus haut. Les textes les distinguent fréquemment : *Ut nullus per pecunias ad honorem vel gradum ecclesiasticum aggredere debeat* (4).

Souvent l'*honor* et le *gradus* étaient réunis dans les mêmes mains ; alors l'honoré exerçait l'impôt à son profit. Lorsqu'il ne possédait pas le *gradus*, il était obligé, pour le recouvrement de ses droits, de recourir au *judex*, possesseur du *gradus*, ainsi qu'il sera expliqué plus loin.

Les grands auxquels les fonctions (*gradus*) étaient dévolues,

(1) *Ibid.*, p. 552.
(2) Baluze, t. 1, p. 494, n° 3.
(3) *Cap. Car. Calv.*, Baluze, t. 1, p. 740, n° 16.
(4) *Cap.* 755, Baluze, t. 1, p. 175.

après avoir, sous les derniers rois de la première race, assuré l'inamovibilité de leurs charges, travaillèrent, sous la deuxième, à les convertir en *honores*. Une fois ce but atteint, le principe de l'hérédité et de la libre disposition acheva la ruine de la royauté qui se trouva dépouillée à la fois et de la disposition des charges publiques, et du revenu de l'impôt. Cette dernière révolution est consacrée par Charles-le-Chauve et l'édit de 877 que la puissance des grands et la dévastation des Normands arrachent à sa faiblesse.

Cet édit consacre deux modes de dispositions et par conséquent deux actes de patrimonialité des honneurs.

L'article 9 constitue l'hérédité en ces termes: « Si comes obie- » rit, cujus filius nobiscum sit, filius noster cùm cæteris fidelibus » nostris ordinet de his qui plus familiares et propinquiores fuerint, » qui cùm ministerialibus ipsius comitatûs et episcopos ipsum comi- » tatum prævideant usquedùm nobis renuntietur. Si autem filium » parvulum habuerit, isdem cùm ministerialibus ipsius comitatus » et episcopo eumdem comitatum prævideat donec ad nostram no- » titiam perveniat. Si verò filium non habuerit, filius noster cùm » fidelibus nostris ordinet... donec jussio nostra indè fiat. Et pro » hoc nullus irascatur, si eumdem comitatum alteri cui nobis » placuerit dederimus quàm illi qui eum hactenus prævidit. Si- » militer et de vassalis nostris faciendum est... (1). »

On doit remarquer dans ce texte, 1° que l'hérédité n'est accordée qu'en ligne directe et que le roi se réserve la disposition des honneurs, lorsque le titulaire n'a pas laissé d'enfants; 2° l'excuse

(1) Baluze, t. 2, p. 263. Trad. : « Si un comte vient à mourir, dont le fils » soit auprès de nous, notre fils et nos autres fidèles choisiront parmi ceux » qui étaient les plus proches ou les plus aimés du défunt, ceux qui, avec les » officiers dudit comté et l'évêque, pourvoiront à l'administration jusqu'à ce » que le fait nous soit annoncé. Si le comte a laissé un jeune enfant, que lui- » même, avec les officiers du comté et l'évêque, continuent de gouverner, jus- » qu'à ce que nous en soyons averti. S'il n'a point de fils, que le nôtre, avec » nos fidèles, y pourvoient jusqu'à ce que nous ayons donné nos ordres. Mais » que nul ne s'irrite contre nous si nous disposons de ce comté en faveur d'un » autre que celui qui croyait y avoir le plus de droit. On agira de la mêm » manière à l'égard de nos vassaux,...»

timide du roi auprès de ceux qu'il n'aura pas choisis et dont il aura blessé la prétention : *Ut nullus irascatur* ; indice d'une faiblesse extrême et d'un découragement profond ; 3° que tous les possesseurs de comtés n'étaient pas, vis-à-vis du roi, dans les liens du vasselage, mais que le même bénéfice est accordé à ceux qui s'y trouvent engagés : *Similiter et de vassalis nostris.*

Le droit de disposer entre vifs est exprimé dans l'art. 10, ainsi conçu : « Si aliquis ex fidelibus nostris post obitum nostrum, » Dei et nostro amore compunctus, seculo renuntiare voluerit, et » filium vel talem propinquum habuerit qui rei publicæ pro- » desse valeat, suos honores, prout meliùs voluerit, ei valeat » placitare. Et si in alode suo quietè vivere voluerit, nullus ei » aliquod impedimentum facere præsumat, neque aliud aliquid ab » eo requiratur, nisi solummodo ut ad patriæ defensionem per- » gat (1). »

73. Ce sont les *honores*, ainsi devenus héréditaires et transmissibles entre vifs, qu'il faut suivre maintenant dans les dispositions privées.

Regino, dans sa chronique sur l'an 949, rapporte le partage que le comte Uton fit de ses bénéfices et de ses charges entre ses enfants : *Uto comes obiit qui permissu regis, quidquid beneficii aut præfecturarum habuit, quasi hæreditatem inter filios dimisit* (2).

---

(1) *Ibid.* Trad. : « Si quelqu'un de nos fidèles, après notre mort, touché » de l'amour de Dieu, veut renoncer au siècle, et qu'il ait un fils ou un parent » capable d'être utile à l'État, qu'il dispose de ses honneurs comme il le ju- » gera convenable. S'il veut vivre paisiblement dans son aleu, que personne » ne tente de l'en empêcher et n'exige de lui rien autre chose que le service » militaire pour la défense de la patrie. »

(2) Cité par Chantereau, p. 56. Ce savant feudiste, et plusieurs autres après lui, ont traduit le mot *præfectura*, dans ce texte, par la charge ou les fonctions dont le comte était revêtu. Cependant il ne serait pas improbable que ce terme et celui de *beneficium* n'eussent ici d'autre signification que celle qu'ils reçoivent dans le livre des *agrimensores*. On y appelle *præfecturæ* les terres non partagées dans les divisions coloniaires, terres inscrites au livre des bénéfices, et que l'empereur distribuait à titre de concession viagère. Voy. *suprà*, n° 23, et Ducange, v° *Præfectura*.

On a vu plus haut le donataire d'un honneur situé sur le fleuve du Cher en disposer immédiatement lui-même en faveur de saint Eusicius.

C'est surtout dans les partages et dans la subdivision des honneurs et de la justice, que nous devons remarquer les effets de la patrimonialité.

Les comtes ne pouvaient exercer personnellement leur administration dans toute l'étendue de leur territoire ; ils déléguaient leur pouvoir à des officiers subalternes nommés *vicarii*, *centenarii*, *advocati*.

En divisant leur autorité ils en divisaient également l'exercice et les produits.

Sous le rapport des fonctions administratives, un historien de Charlemagne fait ainsi connaître les attributions respectives des comtes et de leurs vicaires : *Fuit consuetudo in illis temporibus ut ubicumque aliquod opus ex imperiali præcepto faciendum esset, si quidem pontis, vel navis, vel trajecti, sive purgatio, seu stramentum, vel impletio cœnosorum itinerum, ea comites per vicarios et officiales suos exsequerentur, in minoribus duntaxat laboribus ; à majoribus autem et maximè noviter extruendis nullus ducum vel comitum, nullus episcoporum vel abbatum excusaretur aliquo modo* (1).

Sous le rapport de l'administration de la justice, les *vicarii* ne présidaient qu'aux affaires de peu d'importance ; un capitulaire de 801 détermine leur compétence en ces termes :

37. *Ut ante vicarios nulla criminalis actio diffiniatur, nisi tantùm leviores causæ quæ faciliter possunt judicari...*

38. *Omnis controversia coram centenariis diffiniri potest, exceptâ redhibitione terræ et mancipiorum quæ non potest diffiniri nisi coram comite* (2).

Les produits suivaient la division des fonctions, car il ne faut pas oublier que les fonctions n'ont jamais été ambitionnées qu'à raison des bénéfices qu'elles apportent à ceux qui les exercent.

---

(1) Hauteserre, *De ducibus*, p. 14. Ce texte montre qu'une portion du pouvoir administratif était dévolue aux évêques et aux abbés.

(2) Baluze, 1-354.



Cette répartition dans les fonctions de la *judiciaria potestas* s'est très exactement maintenue et reproduite dans les institutions seigneuriales, comme on le verra plus tard, sous les dénominations de haute et de basse justice.

74. A côté de la division des justices entre le comte et ses subalternes, existaient les démembrements partiels et étrangers à la considération du *gradus* ; on a vu que les rois concédaient à titre d'honneurs des portions de l'impôt et de ses produits, tantôt un péage, tantôt un droit particulier. Ce que les rois avaient fait, les comtes devenus propriétaires de leurs honneurs et de leurs charges le firent également. Les éléments de l'impôt subirent ainsi un éparpillement fort irrégulier; les actes des temps féodaux présentent une multitude de dispositions séparées des droits de justice, ainsi que le montrent les exemples suivants.

Parmi les impôts romains dont j'expliquerai plus tard l'objet et la consistance, était l'obligation de transporter, loger et nourrir les fonctionnaires en voyage; cette obligation, maintenue sous les rois barbares, s'exigeait au moyen d'une lettre du prince, appelée *tractoria* et qui déterminait la nature et l'étendue des fournitures auxquelles les redevables étaient assujétis. Des moines de l'abbaye de Corbie avaient obtenu de Clotaire III la concession de divers droits à prélever en nature sur les marchandises transportées sur le Rhône; en faisant confirmer cette donation par le roi Chilpéric II en 716, les moines obtiennent, en outre, une *tractoria* perpétuelle pour leurs employés en voyage : *Evectione ad ipsius (monasterii) missos, qui hoc exigere ambularent, perpetualiter, absque renovatâ tractoriâ, annis singulis dare præcipimus, hoc est: veredos sive paraveredos decem, panis nitidi decem, vini modium 1...... Hæc omnia superiùs commemorata locis convenientibus, annis singulis, eisdem tam euntibus quam redeuntibus, absque morâ dare et adimplere deberetis* (1).

Aimon rapporte en ces termes une donation de Charlemagne

(1) Guérard, sur le polyptique d'Irminon, t. 1, p. 806.



au monastère de Saint-Germain-des-Prés : PORTUM *donamus*, *qui est intra pagum senonicum et milidunensem... itâ ut nullus inibi* PORTUM *nec* AQUAM *habeat*, *nisi jam dicta potestas almi Germani*, *neque* THELONEUM, *aut* ROTATICUM, *seu* VULTATICUM, CESPITATICUM, RIPATICUM, *vel* SALUTATICUM *cuiquam accipere liceat* (1). Le *portus* ainsi donné consiste dans l'ensemble des droits énoncés ensuite, sous le nom de *theloneum*, *rotaticum*, etc., c'est-à-dire les droits de péage, passage, arrivage, abordage et autres que le fisc percevait auparavant et qui deviennent la propriété privée du couvent.

La charte suivante offre l'exemple de droits de justice divisés selon une proportion approchant de celle qui les partageait entre le haut et le bas justicier. Les moines de Saint-Florent s'étaient plaints à Eudes I, comte de Chartres et de Tours, que ses officiers empiétaient journellement sur les droits de justice que son père Teutbald avait concédés à leur monastère : *Reclamantes se prægravari et suam potestatem injustè tractari, nec statuta regalia per privilegia et præcepta collata conservari.*

Eudes enjoint à ses officiers de respecter les droits du couvent, qu'il détermine et distingue comme suit : « Decrevimus » ut nullus fidelium nostrûm cui castri Salmurii concesserimus » provisionem, in omni parte Sancti Florentii... tàm IN TERRIS » quam IN AQUIS... ullam exactionem præsumant inferre vel ex- » petere, neque in RIPATICO, neque in CESPITATICO, neque in PUL- » VERATICO, neque in THELONIO, neque in EFFUSIONE SANGUINIS » suorum hominum, etsi membra sibi absciderint; nisi solummodò de INCENDIO, vel FURTO, seu RAPTU, aut etiam HOMICI- » DIO externorum hominum (2). »

(1) Hauteserre, *De ducibus*, p. 124 ; voy. *suprà*, n° 24.

(2) Brussel, p. 392. Trad. : « Nous ordonnons qu'aucun de nos fidèles auquel nous confierons la garde du château de Saumur ne cherche à prélever » ou exiger aucune redevance sur le territoire de Saint-Florent... tant sur les » terres que sur les eaux, soit le ripaticum, le cespitaticum, le pulveraticum, » le thelonium, soit pour effusion de sang de leurs hommes, même avec » perte de leurs membres ; leur réservant seulement l'incendie, le vol, le rapt » et l'homicide commis par des étrangers. »



Burchard de Montmorency, propriétaire d'un péage, en partage ainsi les produits entre l'église de Cluny et celle de Saint-Martin-des-Champs : CENTUM *etiam* SOLIDOS *ecclesiæ cluniacensi et quadraginta Sancti Martini de Campis, de* PEDAGIO SUO, *quod est in camino pontisarensi* (1).

Dans l'extrait qui suit d'un registre des *Olim*, les bénéfices de la justice sont partagés selon le temps, et chacun des possesseurs en jouit pendant une partie de l'année : « Quæstio erat inter do- » minum regem et abbates et conventus Sancti Dyonisii et Sancti » Germani de Pratis Parisiensis, super justitiâ viariâ apud Ka- » rolivannem, quia quilibet eorum dicit ad se pertinere prædictam » justiciam viarie, hoc excepto quod abbas Sancti Germani in » viâ calceyatâ istam justitiam non reclamant, et abbas Sancti » Dyonisii, inter festum nativitatis beate Marie Virginis et beati » Martini, hanc eamdem justitiam in eâdem villâ vel ejus perti- » nentiis non reclamant, sed in residuo temporis quod est inter » festum beati Martini et nativitatem BEATA MARIE VIR- » GINIS (2). »

L'acte suivant du XIIIe siècle cité par Brussel, p. 604 : « La prévôté de Troyes, ensemble les *châtex*, les *fours*, les » *molins*, la *dime* et la *vicomté*, est venduc à Jacques Dilles » et à Jehan le Moine jusqu'à un an pour 920 livres, et est » assavoir qu'ils n'auront pas la connaissance des juyfs, mais ils » en auront les *amendes* et les *exploits*. »

Cet acte montre en même temps que le droit de juger et celui de percevoir les amendes ou de saisir et exécuter n'étaient pas une même chose.

---

(1) Hauteserre, *De ducibus*, p. 124.

(2) *Olim*, t. 1, p. 363, n° 5. Trad. : « La question entre le seigneur roi et » l'abbé et le couvent de Saint-Denis et de Saint-Germain-des-Prés de Paris » avait pour objet la justice voyère sur Karolivan, parce que chacun d'eux » prétendait avoir droit à cette justice, avec cette différence que ledit abbé de » Saint-Germain ne réclamait la justice que sur la voie pavée, et l'abbé de » Saint-Denis ne réclamait point cette même justice dans ledit village et ses » dépendances, entre la fête de la Vierge et celle de saint Martin, mais seule- » ment entre la fête de saint Martin et celle de la Vierge. »

Un diplôme de Charlemagne, de 808, cité par Savigny (1), attribue à l'évêque de Plaisance *omnem* JUDICIARIAM *vel omne* TELONEUM *de curte Gusiano, tàm de arimaniá quàm de* ALIIS LIBERIS HOMINIBUS.

Le même auteur fait connaître de nombreux documents des IX et Xe siècles, dans lesquels, comme dans le précédent, des hommes libres font l'objet de la donation ou du contrat. Évidemment ce n'étaient pas les hommes qui étaient donnés, mais les tributs, les redevances, la justice, *judiciaria*, auxquels ils étaient assujétis. De même que dans les dispositions précédentes, ce n'était pas le port, le fleuve, le pont, le chemin, les terres de la vicairie, de la justice, du comté, du duché, qui faisaient l'objet de la donation, mais bien l'impôt qui s'y percevait.

Donation par Othon Ier en 967, à un cloître, d'un bourg *cùm liberis hominibus qui vulgò herimanni vocantur.* Un document de Vérone porte donation par Henri IV : *Donamus monasterio liberos homines, quos vulgò arimannos vocant, habitantes in castello.*

Une lettre de Philippe de Valois citée par Brussel, page 605, contient la transmission des droits de justice sur les Juifs, pendant un temps limité et à l'égard de certains droits seulement :

« Nous faisons assavoir que comme par convenance expresse » faite entre nous et notre cher frère et féal Challes, pour la » vente des Juifs, des terres qu'il nous a vendues, nous et notre » justicier et sergent, lesdits Juifs demourans jusqu'à la fin de » trois ans en ses dites terres, doïons garder justice, et ex- » ploiter pour leurs tailles et redevances, en leur personne tant » seulement... »

La justice des Juifs était très profitable à cause des tailles énormes auxquelles on les assujétissait à merci ; le registre des *Olim* présente un grand nombre d'espèces dans lesquelles les Juifs font l'objet des procès.

(1) *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. 1, p. 146, traduction de Guenoux.

76. C'en est assez pour montrer les droits de justice, c'est-à-dire l'impôt romain, tombés dans le commerce et soumis à toutes les transactions privées ; je reviendrai sur ce point, sous d'autres rapports. Les légistes et les historiens ont perdu de vue cet élément de fortune qui pendant quatorze siècles a passé de main en main et subi des conventions bien autrement variées que la terre ; c'était une possession plus souple que le sol et se prêtant mieux à toutes les combinaisons des contrats.

Dans ces temps barbares et grossiers, l'avidité apparait le vice dominant des populations ; les hommes puissants font argent de tout et s'emparent de tout ce qui peut apporter un profit. C'est ainsi que les évêchés, les abbayes, les églises, les cimetières se trouvent appartenir à des laïques, puis vendus, donnés ou partagés par eux. Les évêques eux-mêmes trafiquent des droits que leur charge met à leur disposition ; l'histoire les montre donnant, affermant ou vendant les profits des églises à des moines ou à des chanoines de différents lieux. Dans un acte de 1063, l'évêque de Nantes stipule avec l'abbé de Redon que celui-ci lui paiera cent sols d'or pour les églises paroissiales qu'il achètera dans le diocèse ; de son côté, il donne aux moines son droit de sacrilége dans les paroisses de Moie, Marsac et Masserac, à l'entier sur leurs vassaux et seulement la moitié sur les non-vassaux. En l'an 1064, le même évêque concède aux moines de Marmoutiers l'église de Sainte-Marie-du-Pontage (aujourd'hui Le Pèlerin) pour le temps de sa vie, et moyennant un denier d'or annuel. Les droits curiaux des paroisses, c'est-à-dire les offrandes, les dons, le prix des sacrements et le salaire des messes, étaient également l'objet d'un commerce ; ils se trouvaient parfois aux mains des laïques, et le plus souvent possédés par des ecclésiastiques étrangers à l'église qui les produisait. Ainsi les moines de Doi-en-Berry tenaient la paroisse de Saint-Donatien de Nantes. L'acte suivant du même évêque contient une donation aux chanoines de la cathédrale de tous les profits dont le détail fera connaitre la nature :

« Concedimus o mnm scilicet oblationem quæ in omnibus » altaribus principalis ecclesiæ offertur, excepto pallio et auro, » et exceptis duabus festivitatibus, Pentecostes videlicet et

» Passionis apostolorum Petri et Pauli, undè tertia pars oblationis » juri illorum addicitur ; oblationem quoque, quæ in manu episcopi in eâdem ecclesiâ offertur dum sacra missarum solemnia » celebrat et quæ ecclesia Johannis Baptistæ et super altare et » in manu episcopi offeruntur, excepto scilicet pallio et auro ; » medietatem etiam immobilium rerum quæ dabuntur sancto Petro pro animabus fidelium in principali cœmeterio quiescentium, » id est ecclesiarum, terrarum, vinearum, *molendinorum, piscationum, aquarumve decursuum*, salinarum, cæterarumque » talium et tertiam partem mobilium, id est auri, argenti, animalium et armorum, atque omnis census; ecclesias quoque sancti » Dionysii et sanctæ Radegundis, et decimam totius telonei salis » undecumque advenientis ad portum civitatis Nanneticæ; et » decimam duorum fororum, et medietatem partis episcopi de » foro sancti Petri.... (1). »

Cet acte, outre qu'il fait connaître la nature du droit transmis, montre dans la possession des églises de Saint-Denis et de Sainte-Radegonde des droits de justice proprement dits, savoir, les droits de douanes à percevoir sur tout le sel apporté à Nantes, et des droit de four appartenant à l'évêque.

Si l'on veut bien concevoir les institutions du moyen âge, il faut commencer par se dépouiller des idées de notre siècle, et se

(1) Travers, *Histoire de Nantes*, t. 1, p. 205, 206 et 251. Trad. : « Nous » leur concédons toute l'offrande qui est deposée sur tous les autels de l'église » principale, excepté le *pallium* et l'or ; excepté aussi deux fêtes, la Pentecôte » et la Passion des apôtres Pierre et Paul, auxquelles ils n'auront que le tiers » des dons ; et aussi l'offrande déposée aux mains de l'évêque lorsqu'il célèbre » la sainte messe dans ladite église, et aussi celle qui est faite à l'évêque et sur » l'autel dans l'église de Saint-Jean-Baptiste ; aussi la moitié des biens immeubles qui seront donnés à saint Pierre pour le salut des âmes des fidèles reposant dans le cimetière principal, soit en églises, en terres, en vignes, en moulins, en pêcheries, en cours d'eau, en salines et autres de même nature ; et » encore le tiers des meubles, c'est-à-dire de l'or, de l'argent, des animaux, » des armes et de toutes sortes de cens ; et enfin les églises de Saint-Denis et » de Sainte-Radegonde, et la dixme de tout le péage du sel débarqué au port » de Nantes, et la dixme de deux fours, et la moitié de la part de l'évêque » dans le four de Saint-Pierre... »

pénétrer de celles qui présidaient aux mœurs et à la vie de ces époques si différentes de la nôtre.

77. L'emploi le plus remarquable que les possesseurs de justices aient fait des profits qu'ils en retiraient est la concession en fief. L'inféodation, dans les XIe et XIIe siècles, fut le contrat le plus commun et le plus usité; c'était un moyen de se créer la puissance seigneuriale, la plus avantageuse et la plus recherchée de toutes les possessions. Lors donc que les éléments de l'ancien impôt romain, leurs accessoires et accrues furent tombés dans le domaine privé, leurs propriétaires les concédèrent en fief, comme ils les partagèrent, les vendirent, les donnèrent et les baillèrent en fermage.

Ces concessions à titre féodal furent extrêmement variées. Tantôt elles comprirent tous les émoluments d'un territoire; tantôt elles n'en comprirent qu'une partie déterminée à des lieux désignés; tantôt elles se bornèrent aux produits de tels ou tels droits, à telle ou telle redevance. C'est ainsi que les cartulaires féodaux nous montrent tenus en fief, *in feodo*, les droits de forêts, de péage, de rotage, de tonlieu, de foire, de marché, de bouteillage, de tailles, de havage, tous éléments de la justice (1).

Les attributions de justices à titre de fief différaient essentiellement de celles dont il a été parlé plus haut, et qui les transmettaient purement et simplement, en tout ou en partie. Celles-ci emportaient le transport de la propriété même des droits, et ne laissaient subsister aucun lien entre eux et celui qui les donnait ou les vendait.

Elles différaient également des délégations qui avaient lieu du comte au vicaire ou au centenier; entre ceux-ci le lien féodal n'existait point, mais seulement une subordination hiérarchique; chacun d'eux était indépendant dans son administration et dans l'exercice de son pouvoir; le vicaire était maître de ses droits, comme le comte des siens, et la révolution qui rendit ce-

(1) Il faut voir sur ce point l'extrait du cartulaire de Champagne, publié par Brussel, p. 42; voy. aussi Hervé, *Matières féodales*, 1-17.

lui-ci propriétaire de sa justice fit également de la justice dans les mains du vicaire un droit irrévocable et privé.

Cette différence entre les concessions primitives, telles qu'elles s'effectuaient par la constitution d'un vicaire ou d'un centenier, et celles qui plus tard ont constitué des inféodations de justice, ne s'est jamais effacée. Tant que le régime seigneurial a duré, on a reconnu des vicaires de deux espèces, dont les droits étaient divers, les uns possédant comme les vicaires de la deuxième race, *jure suo*, les autres comme les vassaux féodaux, à titre de domaine utile. Je revendrai sur ce point.

---

§ II.

DU FIEF.

SOMMAIRE.

78. Les historiens et les feudistes ont longuement examiné la question de savoir si les fiefs furent héréditaires dès l'origine, ou si, comme la plupart l'ont pensé, la concession d'abord temporaire, puis viagère, n'est devenue définitive que vers le XII[e] siècle. Je n'ai pas besoin de résoudre cette difficulté ; je dirai seulement que presque tous ceux qui s'en sont occupés ont confondu, sous le nom de fief, des éléments bien différents, et qui nécessairement ont dû subir des vicissitudes diverses ; par exemple, ils ont considéré comme des fiefs les fonctions publiques, les grades,

les honneurs, dont l'appropriation par les comtes et les divers ordres de *judices* a été bien antérieure à la constitution du fief, et dont le commerce n'a eu lieu à titre de bénéfice qu'après la révolution qui les avait placés dans le domaine privé. Cette confusion a singulièrement augmenté la difficuité du problème historique.

Mais je dois constater ici la nature du droit concédé par le bénéfice, et plus tard par la concession féodale.

Les contrats ne se créent pas *à priori;* pour leur rédaction, il a fallu dans tous les temps passer par les mains des praticiens qui n'ont jamais su faire autre chose que ce qu'ils ont appris à faire. Si des besoins nouveaux ont impérieusement exigé des dispositions nouvelles, les rédacteurs des actes ont dû plier leurs formules à ces exigences; mais ils n'ont fait que les modifier, choisissant dans leurs modèles celui qui approchait le plus de la volonté des contractants. Les rédacteurs du contrat de bénéfice n'ont pas agi autrement; pour exprimer la concession que comportait cette stipulation nouvelle, ils ont emprunté la formule de l'usufruit : les actes ont qualifié de la sorte le droit transmis au bénéficier : *sub usu beneficio*; *beneficium usufructuario ordine; jure usufructuario et beneficiario* (1).

Le bénéfice devenu fief ne changea pas de caractère ou du moins de qualification ; le livre des fiefs définit le fief : *Quod ex benevolentiâ alieni itâ datur*, *ut* PROPRIETATE *quidem rei immobilis beneficiatæ* PENES DANTEM REMANENTE,

(1) *Formules de Marculphe*, lib. 2, 6, 7, 8. Les actes réels ne s'expriment pas autrement. Il ne saurait être douteux qu'entre les concessions des terres fiscales à titre de bénéfice, que faisaient les rois de la première race, et celles que faisaient, des mêmes terres et au même titre, les empereurs romains (n° 23), il n'existât un lien fort intime; on trouve dans les unes et dans les autres à peu près les mêmes conditions, par exemple, la foi et le service militaire; cependant le principe de l'association germaine donnait à la convention un caractère nouveau qui lui permit de s'étendre hors des concessions fiscales et de s'appliquer aux contrats privés. Le mot *beneficium*, traduit par celui de *bienfait*, se retrouve, au surplus, dans les textes coutumiers pour exprimer l'usufruit : « Si les terres étaient chargées de douaires ou en *bienfaits*, » porte l'art. 241 de la coutume de Bretagne. Suivant d'Argentrée sur l'article correspondant de l'ancienne coutume, le mot bienfait doit s'entendre régulièrement de tout usufruit ou droit annuel et viager.

» USUSFRUCTUS *illius rei ità ad accipientem transeat, ut ad* » *eum hæredesque suos, si de his nominatim dictum fuit, in* » *perpetuum maneat* (1). »

79. Le droit du bénéficier n'était pas l'usufruit, c'était plus et moins: plus, en ce qu'il était transmissible et perpétuel; moins, en ce que la faculté d'en disposer entre vifs était essentiellement limitée. De même, le droit de celui qui avait constitué le bénéfice était plus et moins que la nue-propriété. C'était plus, en ce qu'il ne consistait pas dans une simple expectative, puisqu'il comportait la jouissance actuelle, soit des produits de la censive, soit du service du fief; en ce point, il ressemblait au bail, et tellement que les diverses espèces de censives furent plus tard assimilées à ce contrat revêtu du lien féodal. Il était moins que la nue-propriété, car ce dernier droit répugne à l'existence d'un usufruit perpétuel et suppose essentiellement l'expectative d'une réunion.

Ces qualifications tirées d'un droit qui n'était plus et appliquées à un droit de nouvelle création, n'étant pas conformes à la nature des choses qualifiées, ne devaient pas durer; elles ont en effet assez promptement changé; de même que le bénéfice est devenu fief et censive, ainsi que je l'ai dit tout à l'heure, les droits de chacune des parties ont pris le nom de *domaine direct* et *domaine utile*. Il est à remarquer que ces diverses qualifications se trouvent usitées dans les actes et dans les ouvrages des jurisconsultes, sans qu'on puisse saisir leur origine précise et qu'on en sache autre chose si ce n'est qu'elles sont également étrangères à la jurisprudence romaine (2).

Quoi qu'il en soit, malgré la critique dont elles ont été souvent l'objet, elles expriment exactement le droit qu'elles signifiaient, et l'intelligence de leur valeur est indispensable pour bien comprendre la théorie sur laquelle reposait le système du fief.

---

(1) Lib. 2 Feudor., tit. 23.

(2) Cependant plusieurs jurisconsultes ont cherché à rattacher cette division doctrinale aux actions utiles et directes du droit romain, relatives à l'emphytéose.

80. Dans ce système, la propriété pleine, entière, absolue, constituait le *dominium plenum*, le *jus integrum*, et celui qui en réunissait tous les éléments dans sa possession jouissait *jurè proprietario*, *in integritate.*

Par l'effet du contrat féodal, cette propriété se divisait : le bénéficiaire, feudataire ou censitaire, recevait le *domaine utile*, dont les profits consistaient dans les produits du sol ; le donateur se réservait le domaine direct, dont les bénéfices consistaient dans les obligations ou redevances du feudataire. Il est essentiel de constater qu'aux yeux des jurisconsultes, le possesseur du domaine direct était le véritable propriétaire. Pontanus, très ancien commentateur de la coutume de Blois, explique fort nettement ce point et le système entier de la propriété féodale, système auquel se rattache toute l'application des lois de 1790 : « In primis, dit-il, sur l'art. 33, constat dominium nihil aliud esse » quàm id jus, quo res mea dicitur, ut ait Baldus.... Id autem du» plex est, directum et utile. Directum, id est, QUOD VERUM, PRO» PRIUM AC PRINCIPALE DOMINIUM EST. Quo fit ut cum dominium » simpliciter nominamus, de directo intelligendum sit, teste Bar» tholo, post Accursium... Cui etiam directo dominio proprietatis » tantùm appellatio convenit, et nunquàm utili... Aliud autem est » utile dominium quod à directo dependet, illudque velut reco» gnoscit...Cujus speciei Baldus sex contractus enumerat in quibus » dominium utile tantùm in accipientem transfertur, directo » penes concedentem reservato : nimirùm ii sunt, superficiarius, » locatio ad longum tempus, emphyteoticus, precarius, libel» larius et feudalis (1). »

81. Cette doctrine était conforme à la nature du bénéfice qui ne transmettait au bénéficier qu'un droit de bail ou d'usufruit : les

(1) Trad. : « D'abord il est certain que le domaine n'est rien autre chose » que le droit en vertu duquel je puis dire : Ceci est à moi, ainsi que l'en» seigne Balde... Le domaine est double, direct et utile. Le direct, c'est-à-dire » le vrai, le propre et le principal domaine. C'est pourquoi lorsque nous di» sons simplement le domaine, on doit entendre le domaine direct, ainsi que » l'atteste Barthole, d'après Accurse .. Aussi le nom de propriété convient » seulement au domaine direct, et jamais au domaine utile,.. car c'est autre

documents de l'époque primitive distinguent sans cesse le bénéfice de la propriété : *Quicumque nostrum beneficium habet, benè ibi laborare condirgat; et qui hoc facere non vult, dimittat ipsum* BENEFICIUM *et teneat res suas* PROPRIAS (1).

Sous l'empire des constitutions contenues au livre des fiefs, les fiefs ne faisaient pas partie des biens du vassal : *In generali alienatione vassali non continetur feudum, nisi nominatìm dictum sit*, ainsi que l'attestent plusieurs auteurs cités par Caseneuve (2) et cet auteur lui-même : « En matière d'inféodation, » la propriété demeure au pouvoir de celui auquel appartient la » seigneurie directe : Jean-Baptiste Vincemala, jurisconsulte mi- » lanais, *verbum proprietatis comprehendit solum directum* » *dominium, secundùm Bald..... Quapropter dicit Baldus* » *quòd si quis in libello dicit proprietatem ad se pertinere, vel* » *se esse proprietarium, et posteà in processu probet de utili* » *dominio, ut putà quòd sit vassalus vel emphyteota, succum-* » *bit.* Et l'ancien docteur français Petrus Jacobi de Aureliaco : » *Cum autem verbum dominii simpliciter profertur, intelli-* » *gitur de directo.* »

Cujas définit le fief aux mains du feudataire : *jus in prœdio alieno* (3); et Dumoulin : *servitus quœdam aut quasi servitus* (4).

L'inféodation n'était pas la vente, et en différait essentiellement en ce qu'elle n'était pas, comme cette dernière convention, translative de la propriété. Aussi, dans les règles féodales, la sub-inféodation était permise et même entrait dans l'esprit de la convention bénéficiaire; mais l'aliénation du fief était interdite.

» chose que le domaine utile qui dépend du domaine direct et en quelque » sorte le reconnait... Balde compte six espèces de contrats dans lesquels » le domaine utile seulement est transmis, le domaine direct restant aux » mains du concédant; savoir : le superficiaire, le bail à longues années, l'em- » phytéose, le précaire, le libellaire et le fief. »

(1) *Pippini regis capitulare Aquitanicum*, an. 768. Ap. Perth, tom. 4, p. 13.

(2) *Du franc aleu*, p. 84.

(3) *In præm.*, lib. 1, *De feudis*.

(4) Tit. 1, § 1, gl. 5, n° 1.

C'est pourquoi, dans les usages des fiefs lombards, l'empereur Frédéric, après avoir rappelé la défense absolue aux possesseurs de fiefs de les vendre ou de les aliéner, qualifie de *callida machinatio* la fraude de ceux qui, *pretio accepto, quasi sub colore investituræ quam sibi licere dicunt, feudum vendunt et in alios transferunt* (1).

Enfin, ce qui prouve incontestablement que, dans la constitution essentielle du fief, le feudataire n'était pas propriétaire de son fief, c'est qu'il le devenait par la forfaiture du seigneur dominant (2).

82. Mais, par l'effet naturel aux longues possessions, ces idées changèrent avec le temps. Dumoulin indique cette modification en disant du feudataire, *quem vulgò vocant proprietarium*, et en cela il exprimait la pensée de la pratique (3). Chantereau, dans son *Traité des fiefs*, p. 41, qualifie le droit du vassal de « vraie propriété successive et héréditaire, quoi qu'en »disent les feudistes.» Un peu plus tard, Hévin plaçait le domaine direct et le domaine utile sur la même ligne, quant à la puissance et au droit de propriété : « Le seigneur retient la seigneurie di- » recte, à cause de laquelle il a tout ce qu'elle contient, la foi, » l'hommage, le rachat, les rentes et devoirs. ..... et il les a *non* » *jure servitutis, sed jure primœvo retento seu jure dominii* » *directi*, et le vassal a la seigneurie utile et la propriété avec » les avantages qu'elle contient, et n'en perçoit pas les fruits par » droit de servitude imposée sur les biens de son seigneur ; il en » jouit *jure suo, jure proprietatis et perpetuò*, ce qui est abso- » lument opposé et contraire à l'usufruit servitude (4). »

Enfin, au dix-huitième siècle, le domaine utile était devenu,

---

(1) Lib. 2, tit. 55.

(2) *De feudis*, lib. 2, tit. 26 et 47.

(3) Cette pratique était déjà fort ancienne, car Jean Faber enseignait au quatorzième siècle, contrairement à la doctrine du livre des fiefs, que, suivant la coutume de France, *feuda veniunt in generali alienatione bonorum* (*In Instit.*, tit. *De suspect. tut.*, n° 3).

(4) *Quest. féod.*, p. 127, n° 18.

dans l'opinion commune, la véritable propriété et l'élément principal du domaine; ce fut la doctrine soutenue par Hervé, dans la question du droit à attribuer au censitaire; après avoir reconnu qu'originairement les actes de concession n'entraînaient pas l'abandon de la propriété, il ajoute : « Il ne s'ensuit pas que le droit » du preneur *n'ait pas changé de nature et d'objet; qu'il n'ait* » *pas plus d'étendue qu'il n'en avait alors, et que les expres-* » *sions primitives aient toujours la même acception* (1). » Et plus loin : « Je conclus de tout ce qui précède que les vieux mots » *droite seigneurie, directe seigneurie,* appropriés aux sei- » gneurs, que les vieilles défenses faites aux censitaires de dété- » riorer les biens qu'ils tiennent à cens, ne prouvent point qu'ils » n'aient qu'une simple propriété utile et usufruitière (2). »

C'est dans ce dernier système qu'ont été conçues les lois abolitives de la féodalité; en anéantissant le domaine direct, le législateur a entendu libérer la propriété véritable, c'est-à-dire le domaine utile, d'une servitude dont elle était grevée. Ainsi, la doctrine dernière était l'inverse de la doctrine primitive; ce que Dumoulin appelait *quædam servitus* est devenu la propriété même, et ce qu'il considérait comme le droit grevé a été traité comme charge et servitude.

83. Cette variation dans le rang et la puissance des deux éléments de la propriété n'en a cependant point dénaturé l'essence; le domaine direct, élément de propriété et rien de plus, lorsqu'il comportait le premier degré et le plus proche du *dominium plenum*, n'a pas cessé d'être un élément de propriété, lorsque, déchu du premier rang, il n'a plus été, dans l'opinion des jurisconsultes ou du législateur, que la partie subalterne et la plus éloignée du *dominium*.

Il serait surtout contraire aux règles d'une saine logique de convertir la directe en élément d'une puissance publique, et de considérer la suprématie du seigneur dominant ou suzerain

(1) *Théorie des matières féodales*, t. 5, p. 79.
(2) *Ibid.*, p. 88.

comme tenant d'autant plus à un pouvoir social, que sa part devenait moindre dans la possession matérielle du sol. C'est néanmoins dans cette erreur que sont tombés ceux qui ont vu dans le seigneur dominant un petit souverain, et dans les droits de la directe un élément de domaine public.

On a vu le grand propriétaire, *potens*, puissant par la propriété, étranger et même hostile à l'autorité publique, élever auprès d'elle et contre elle sa bande et son influence privée. Ce fut dans son domaine et au moyen de son droit sur le sol que sa puissance se constitua et s'organisa. Tant qu'il eut à combattre contre des institutions publiques, son pouvoir n'eut d'autre source que sa richesse, et quand ces institutions succombèrent dans la lutte, il ne prit ni leur place, ni leurs moyens, ni leurs armes; il dut sa force aux éléments qui l'avaient élevé, et non aux dépouilles de la royauté détruite, dépouilles qui d'ailleurs ne pouvaient convenir ni à sa taille ni à son allure.

Entre le seigneur féodal, de quelque degré qu'il fût, et ses vassaux, quel que fût leur titre, il n'exista jamais d'autre lien que le lien contractuel; ce fut le contrat féodal, c'est-à-dire la stipulation, assise sur la concession de la propriété foncière, qui constitua la supériorité et l'infériorité relatives du premier et des seconds. Entre eux il n'y eut rien de politique; tout fut conventuel et privé.

J'ai déjà fait remarquer, comme conséquence de cette condition essentielle de la féodalité, le caractère contractuel de toutes les dispositions coutumières concernant le fief (1). Cette considération seule démontrerait que la société féodale ne fut jamais qu'un contrat. Beaumanoir, vivant au milieu de cette société, ne la caractérise pas autrement : « Si aucuns si cuident que je puisse lessier le fief que je tieng de mon seigneur, » et le foi et l'oumage tout à la fois qu'il me plait..... Mais se il » advenoit que messires m'eut semons pour son grand besoing... » et je en tel point vouloi lessier mon fief, je ne garderois pas bien » ma foi et ma loyauté envers mon seigneur... Car à l'oumage

(1) *Revue de législation*, année 1838, p. 161.

» fere promet-on à son seigneur foi et loyauté ; et puisque ele » est promise, ele ne seroit pas loyauté de renoncier el point que » ses sires doit s'en aidier (1). » Ainsi le seul lien qui oblige le vassal, c'est la promesse et la foi due aux engagements ; c'est par l'effet seul de sa loyauté qu'il est tenu envers le seigneur dominant. Certes telle n'est pas la cause de l'autorité publique ; ce qui caractérise au contraire cette puissance, c'est l'impossibilité pour le citoyen de s'y soustraire, même en renonçant aux avantages qui en résultent. « Il n'y avait, dit avec raison M. Guizot, dans » l'association des possesseurs de fiefs, ni sujets, ni citoyens (2). » Dans l'engagement dont l'exécution n'est assurée que par la loyauté des contractants, on ne trouve pas même l'obligation civile des législations régulières, dont nul ne peut s'affranchir une fois qu'elle est souscrite, et qui lui tient lieu de loi (art. 1134 du Code civil).

J'ai démontré dans un autre écrit, bien étranger à la discussion que j'entreprends de soutenir aujourd'hui, la nature purement privée de l'obligation qui liait le vassal à son seigneur dans l'association féodale. Je tiens à faire voir que les idées que j'exprime ici n'ont point pour mobile l'intérêt de la thèse que je dois établir ; rien ne rendra leur indépendance plus incontestable que les paroles mêmes dont je me servais alors pour expliquer le caractère du contrat de fief et la nature de son lien obligatoire.

« Les conventions, disais-je, sont, en présence de tous » les évènements, une loi pour ceux qui se les sont imposées ; » mais on se tromperait gravement si l'on supposait à cette loi, » dans les temps dont nous parlons (les temps où l'association » féodale s'est constituée), le caractère qu'elle reçoit aujourd'hui » de la puissance publique qui en garantit l'exécution. Dans ces » jours de transition d'un ordre détruit à un ordre nouveau, » aucune autorité supérieure ne sanctionnait les obligations, » elles étaient toutes ce que sont aujourd'hui celles auxquelles » la loi civile refuse son appui, des obligations naturelles. Le

(1) Chap. 61, n° 29.
(2) *Cours d'histoire moderne*, t. 4, p. 364.

» contrat féodal lui-même n'avait pas d'autre efficacité..... La » force des choses voulait que le seigneur remplit exactement » ses engagements et ses promesses; autrement il n'eût pas trouvé de vassaux, mais des esclaves. En l'absence d'une police » supérieure à sa volonté, le seigneur donnait pour garant sa » loyauté; en retour, il recevait le serment de fidélité, deux » vertus exaltées dans les idées de cette époque, parce que d'elles » seules dépendait le maintien des conventions, et par suite la » puissance, le bien-être et l'existence sociale (1). »

C'en est assez sur le fief pour faire comprendre toute la distance qui le sépare de la justice et en même temps ce que ces deux institutions ont d'analogue; cet aperçu des deux éléments de la puissance seigneuriale va se compléter par la discussion d'une règle célèbre que les notions qui viennent d'être données expliquent déjà très clairement.

(1) *Revue de législation*, année 1838, p. 180.

CHAPITRE IV.

DE LA MAXIME FIEF ET JUSTICE N'ONT RIEN DE COMMUN.

SOMMAIRE.

84. Preuves de l'existence de la maxime : Fief et justice n'ont rien de commun.
85. Antiquité de cette maxime.
86. Son véritable sens.
87. Distinction du *reditus* et de la *functio publica* sous la loi romaine.
88. La même distinction se retrouve dans les actes de la première race.
89. Discussion des mots *honor*, *proprium*, *beneficium*.
90. De la concession simultanée du fief et de la justice.
91. La concession du fief n'emportait pas celle de la justice, et réciproquement.
92. Des diverses causes de la consolidation de la justice et du fief.
93. Exemples de transmission simultanée.
94. Causes générales de la séparation du fief et de la justice.
95. Des fiefs de dignités.
96. Des inféodations et sous-inféodations des justices.
97. Des vicomtés.
98. Dation en fief de diverses portions des droits de justice.
99 Présomption d'inféodation justicière.
100. Des hautes justices aux mains des feudataires inférieurs.

84. Loysel en ses *Institutes coutumières*, liv. 2, tit. 2, reg. 44, écrit cette maxime : « Fief et justice n'ont rien de commun » ensemble. »

Les coutumes de Berry, de Blois, d'Auvergne, de Bourbonnais, de Touraine et de la Marche, portent à cet égard des dispositions expresses, dont la règle constatée par Loysel n'est que la reproduction textuelle.

Si toutes les coutumes ne contiennent pas sur cette maxime de textes formels, elles n'en admettent pas moins le principe ; ainsi d'Argentré le rappelle souvent pour la coutume de Bretagne, quoiqu'il fût rare en cette province que le seigneur féodal ne fût pas en même temps justicier : *Jurisdictio exerceri potest etiam separata et abstracta à feudo*; *sed rarum est in Britanniá feudum sine jurisdictione reperiri* (1).

Les commentateurs de la coutume de Paris, résumés par Ferrière, ne tiennent pas un autre langage : « Il ne faut pas » confondre, disent-ils, le fief avec la justice, quoique souvent » le seigneur féodal soit aussi seigneur justicicier ; ce sont » choses si séparées qu'elles n'ont rapport ensemble, soit pour » l'établissement, soit pour les droits, soit pour la jouissance. » Le droit du fief est purement réel, il ne regarde les personnes » qu'autant qu'elles ont joui ou jouissent de la terre en fief, » etc. (2). »

La pratique ne s'écarta jamais de cette règle ; on verra plus tard les jurisprudences les plus importantes fondées sur la distinction qu'elle contient ; j'indique ici pour exemple la solution universellement admise relativement aux saisies de seigneuries et terres nobles, réglées par l'art. 345 de la coutume de Paris. La saisie du manoir comprenait les terres, châteaux, droits féodaux, sans qu'il fût besoin de les déclarer par détail ou par tenants et aboutissants : « Mais, ajoutent les commentateurs, » le droit de justice n'y est pas compris s'il n'y est spécialement déclaré, quoiqu'il soit annexé au fief. La raison de la » différence est que le fief et la justice n'ont rien de commun, » et que l'un ne dépend pas de l'autre, et que la justice peut » appartenir à l'un et le fief à l'autre dans un même territoire,

---

(1) Sur l'art. 10 de l'ancienne coutume.

(2) *Compilation de Ferrière*, t. 1, p. 54, n° 35.

» et la justice peut être sans territoire et le territoire sans » justice (1). »

Au surplus, la règle des feudistes était confirmée par la réalité ; une multitude de justices existaient sans fief, et de même un grand nombre de fiefs existaient sans justice ; ces derniers même étaient en majorité ; le territoire de la ville de Paris en est un exemple frappant : sur cent quarante-neuf fiefs qui s'y trouvaient, vingt-cinq seulement avaient droit de justice (2).

85. Loin que la règle de Loysel se soit établie dans les temps modernes et en présence des séparations opérées du fief et de la justice, par des causes ultérieures à la constitution féodale, c'est au contraire à mesure qu'on se reporte aux temps les plus anciens qu'on la trouve plus positive et moins contestée. A l'époque où Dumoulin écrivait, le principe que *Potest esse territorium sine jurisdictione et jurisdictio sine territorio*, était encore unanimement enseigné (3). Baquet, dans son Traité des justices, chap. 6, n° 4, l'exposait ainsi : « Le seigneur féodal » ne peut pas s'attribuer droict de justice en son fief, parce » qu'en France fief et justice n'ont rien de commun ensemble: » ains sont droicts divers, distincts et séparez, et par le moyen » de l'un on ne peut s'attribuer l'autre. Car tel a droict de justice » en un lieu, qui n'a aucune féodalité ne censive audit lieu. » Au contraire tel a droict de féodalité et de censive, qui n'a » aucune justice. Ainsi on peut tenir un fief en foy et hommage » d'un autre seigneur, comme nous voyons ordinairement. » *Et sic nihil commune habet proprietas feudi cum proprietate* » *iurisdictionis : et concesso feudo non censetur data iuris-* » *dictio ; quia est qualitas extrinseca accedens feudo ; ut* » *tradit Baldus in l. A procuratore. C. mand. textus in cap.* » *unico, qualiter iurare debeat vassalus domino fidelitatem,* » *in usib. feudo. In verbis non quod habeat feudum ; sed* » *quia sub iurisdictione sit eius cui iurat. Oldradus con-*

(1) *Coutumes de Ferrière*, art. 345, n° 6.
(2) *Coutumes de Ferrière*, t. 1, prélimin., p. 207.
(3) *Des fiefs*, § 1, gl. 5, n° 44.

» *silio* 170. *latè* **Pontanus** ès coustumes de Blois, article
» soixante-cinq. *Molinæus* ès coustumes de Paris, § 1. *Glossa*
» *quinta*, *col.* 44 *et sequent.*, *et* § 10, *col.* 24. *versic. Tamen*
» *veritas est*, *et* § 22, *col.* 105. *Masuerius in suâ praxi*, *tit.*
» *De feudis*, § *Item non sequitur.* »

Les *Établissements* de saint Louis expriment très clairement la séparation du fief et de la justice : de nombreuses dispositions parlent du bers « qui a voière (justice) en sa terre, » ce qui suppose nécessairement que la terre, en d'autres termes le fief, n'emporte pas nécessairement la justice ; et le chap. 3 du liv. 1 est plus explicite encore : « Se li bers a fié en baronnie à aucun » baron, li bers à qui seroit li fié ni auroit ne petite justice, ne » grant, ains seroit la justice au baron en qui chastelerie li fiés » seroit. Et bien avient aucune fois que li vavassors tenra en » la terre à aucun baron, et si sera en autre chastelerie, que » en cele de qui il tenra et en cete manière fet l'en bien d'un fié » deux hommages, à l'un du fié et de la terre, et à l'autre de » la voière. »

Le livre des fiefs contenait la même distinction : au titre 5 du livre 2, le jurisconsulte prévoit l'hypothèse où celui qui rend hommage n'est soumis qu'à cause de la juridiction, ce qui suppose la justice sans fief ; au titre 54, il déclare que le propriétaire d'un fonds peut le vendre, mais non la justice que l'empereur y a annexée, et Godefroy fait ainsi connaître la cause de cette disposition : *Aliud feudum*, *aliud jurisdictio.*

En remontant plus haut encore vers la constitution originaire du fief et de la justice, on trouve en présence la puissance du *senior* et celle du comte, opposées l'une à l'autre, et déjà commençant une lutte qui ne cessera jamais. Dans le texte suivant, la puissance royale intervient entre le seigneur et le comte, qui se disputent les hommes que le premier tient engagés dans les liens de la vassalité : *De vassis dominicis.... statum est ut quicumque ex eis cum domino imperatore domi remanserint, vassallos suos casatos secum non retineant, sed cum comite cujus pagenses sunt ire permittant* (1).

(1) Cap. 812, art. 7.

86. L'existence et l'antiquité du principe ne sauraient donc être sérieusement contestées; il ne s'agit que d'en rechercher le véritable sens et de reconnaître si l'explication que j'ai donnée du fief et de la justice trouve sa justification dans les éléments de la maxime, démontrés par l'examen des règles qui en dérivent et des effets qu'elle a produits.

C'est par l'intelligence de cette règle que se caractérisent principalement les divers systèmes auxquels les feudistes ont successivement rattaché la théorie des droits seigneuriaux. Dans chacun de ces systèmes elle a pris un sens différent, approprié aux nécessités de l'édifice historique ou scientifique imaginé ou soutenu. On a été jusqu'à en nier l'existence et à la considérer comme une création de la pratique oublieuse ou ignorante des véritables principes de la loi féodale.

La plupart des feudistes modernes ont cru qu'il s'agissait de la possibilité d'un démembrement, et, partant de cette idée qu'originairement le fief et la justice étaient deux éléments d'une même chose, ils ont supposé que la justice avait été distraite du fief. Pour eux, la règle n'a eu d'autre sens que celui-ci : la justice ayant pu être séparée du fief, le possesseur du fief n'est pas nécessairement propriétaire de la justice, et réciproquement.

Tel n'est pas le véritable sens de la maxime.

Elle signifie que le fief et la justice sont deux choses étrangères l'une à l'autre, n'ayant ni même nature, ni même origine, ni même objet, ni mêmes limites, ni mêmes effets, en un mot, comme le dit très énergiquement la règle, n'ayant rien de commun.

On ne peut pas dire de deux choses qu'elles n'ont rien de commun lorsqu'elles ont même origine, et qu'ayant primitivement fait partie d'un même tout, elles ont nécessairement même nature.

Les anciens jurisconsultes comprenaient ainsi le principe coutumier : à leurs yeux, la règle n'avait pas pour objet la possibilité d'une séparation, mais la distinction même : *Ut jurisdictio*, dit très clairement Balde, *non sit separabilis, sed separata* (1);

(1) Cité par Dumoulin, § 1, gl. 5, n° 44.

et d'Argentré : *Jurisdictio etsi cum domanio conjuncta sit, tamen per se subsistit et separabilis est intellectu* ATQUE ETIAM ACTU (1).

87. L'explication que donne d'Argentré du principe que le fief et la justice n'ont rien de commun est la véritable, et ce jurisconsulte en exprime le sens avec l'exactitude et la netteté qui le caractérisent. La justice diffère du fief, non parce qu'elle peut en être distraite et être séparément possédée, mais parce que, même réunie dans une seule main, elle en est essentiellement distincte, *intellectu atque actu*.

Le fief et la justice ne sont pas deux éléments d'une même institution, mais deux institutions radicalement diverses.

Leur cause séparative est dans la source même dont l'une et l'autre découlent : pour découvrir cette source, il faut remonter à la division des produits de la terre, opérée par la législation romaine, en deux parts, l'une dévolue à l'État à titre de tribut, l'autre laissée au propriétaire à titre de revenus.

Cette distinction fondamentale est exprimée dans un grand nombre de textes des Codes de Théodose ou de Justinien ; les livres 10 et 11 de ce dernier en présentent à chaque instant des exemples ; le suivant me paraît suffire pour l'explication complète du système : il est tiré de la loi 20 du titre 47 du livre XI du Code de Justinien.

« Litibus imponentes celeritatem, sancimus, si quando coloni...
» contra dominos terræ declamaverint, super hoc ipso dubitantes, utrùm is terræ dominus est necne : an ipsi coloni dominium suæ terræ possident...talem esse super REDITUUM, vel PUBLICARUM FUNCTIONUM præstatione formam censemus, ut si
» coloni idoneum fidejussorem totius summæ quæ ab his dependitur, præstiterint, quod omnes reditus sine ullâ procrastinatione, si melior causa dominorum judicetur, eis restituent...
» coloni in medio nullo modo super reditibus à dominis inquietentur. Si autem hæc coloni minimè facere voluerint, vel potuerint, tunc iidem reditus per officium judicis annui exigantur

(1) Art. 265 de la coutume de Bretagne, cap. 10, n° 25.

» per solita tempora, in quæ etiam dominis dependebantur ; et » deponantur in æde sacrâ... et post plenissimam definitionem, » vel dominis dentur, vel colonis restituantur... HÆC DE REDITIBUS DEFINIENTES AD PUBLICAS TRANSEAMUS FUNCTIONES. Et » si quidem coloni MORE SOLITO eas dependant, ipsi maneant in » pristinâ consuetudine, nullo præjudicio dominis generando qui » et quiescentibus colonis et non contradicentibus, ad publicum » tributarias functiones minimè inferebant... (1). »

1° Cette disposition distingue très nettement dans les produits de la culture la part du fisc, *functiones publicæ*, de la part du propriétaire, *reditus*. 2° Elle constate l'usage (*more solito*), qui devient la règle commune, de mettre à la charge du colon l'acquittement de la part fiscale. 3° Elle nous apprend que les officiers publics, *judices*, touchaient à la fois les *functiones* et les *reditus*, sauf à verser dans la caisse de l'État ou aux mains du propriétaire ce qui revenait à chacun.

Ces observations trouveront ultérieurement leur place; on doit s'arrêter, quant à présent, à la distinction très claire et très formulée de la *functio publica* et des *reditus*.

Cette distinction des fruits appartenant au propriétaire, et des

---

(1) « Lorsqu'un procès s'élève entre des colons et le propriétaire de la » terre sur le point de savoir si ce dernier est propriétaire on ne l'est pas, ou si » c'est le colon lui-même qui a la propriété du sol qu'il cultive, nous avons » décidé, à l'égard des revenus et des tributs publics (*super redituum vel » publicarum functionum præstatione)*, que l'on suivrait la forme que voici : » si les colons offrent un fidéjusseur convenable pour toute la somme dont ils » peuvent être redevables, garantissant que tous les revenus seront payés au » propriétaire dans le cas où son droit serait reconnu, qu'ils ne soient nullement inquiétés par le prétendant droit jusqu'au jugement. Mais si les colons » ne peuvent agir ainsi, que les revenus soient recueillis par le juge (*per of- » ficium judicis*), comme ils avaient coutume d'être payés aux propriétaires et » déposés dans la caisse publique, avec garantie qu'à l'issue du procès ils se- » ront restitués, soit aux maîtres, soit aux colons. Ce qui précède concerne les » revenus, passons aux tributs publics (*hæc de reditibus definientes ad publicas » functiones transeamus*). Si les colons doivent les acquitter, comme il est » d'usage (*more solito*) que cette coutume soit suivie, et que les colons les » paient sans inconvénient pour ceux qui reconnaissent les devoir ou pour les » propriétaires qui consentent à leur acquittement... »

tributs appartenant au fisc, s'est maintenue et se retrouve dans les actes du gouvernement barbare; ainsi, lorsque la reine Frédégonde offrit à sa fille, fiancée au roi des Wisigoths, des dons magnifiques en *or* et en vêtements précieux, elle apprit aux spectateurs étonnés que toutes ces richesses provenaient de son travail, des revenus de ses terres et des tributs que le roi lui avait donnés : *Omnia quæ cernitis, de meâ proprietate oblata sunt, quia mihi gloriosissimus rex multa largitus est, et ego nonnulla de proprio congregavi labore, et de domibus mihi concessis, tàm de* FRUCTIBUS *quàm de* TRIBUTIS *plurima reparavi* (1).

Ainsi qu'on le voit par cet exemple, les largesses des rois ne consistaient pas uniquement dans les concessions de tributs; ils donnaient également à leurs favoris des terres et des propriétés *in corpore*, ou *corporaliter*, suivant l'expression des actes. Les terres ainsi concédées prenaient le nom de *agri*, *domus*, *rediti*, *præsidium*, termes qui recevaient la même signification que dans la législation romaine, et désignaient les biens possédés à titre de propriétaires, *jure*, avec leurs revenus, *fructus*. Les concessions de tributs seulement étaient qualifiées de *civitates*, parce que les impôts étaient établis par cités, ou de *species*, qui signifiait l'impôt en nature; elles étaient attribuées à titre de pouvoir ou de domination, *potestate*, *dominatione*. Le texte suivant, extrait du célèbre traité d'Andlaw, met toutes ces distinctions dans un jour manifeste.

Les rois Gontran et Childebert se partagent les cités, *civitates*, et stipulent expressément que tout ce qu'ils ont donné sera maintenu : *Ut quidquid domnus Guntchramnus rex, filiæ suæ Chlotilde contulit, in omnibus rebus atque corporibus, tam* IN CIVITATIBUS *quam* AGRIS *vel* REDITIBUS, *in* JURE *et* DOMINATIONE *ipsius debent permanere; et si quid de* AGRIS FISCALIBUS, *vel* SPECIEBUS, *atque* PRÆSIDIO, *pro arbitrii sui voluntate facere aut cuiquam conferre voluerit, in perpetuo conservetur... sub omni* HONORE *et* DIGNITATE *securè debeat possidere* (2).

(1) Greg. Tur., lib. 4, c. 2.
(2) Baluze, t. 1, p. 13.

La distinction de la propriété du fonds de celle des tributs, s'exprimait par les termes *honor* et *proprium*, constamment opposés l'un à l'autre.

Le *proprium* est souvent aussi mis en regard du *beneficium*. En effet, les concessions de biens fiscaux comprenaient tantôt les terres du domaine royal, tantôt les tributs seulement, ou les revenus de ces terres affermées, comme sous les empereurs, au profit du fisc. Le texte sustranscrit explique très clairement ce point : *Si quid de agris fiscalibus vel speciebus atque præsidio.*

En outre, ces concessions de terres fiscales s'effectuaient ou à titre de propriété, *in proprio*, comme celles que Gontran avait faites à sa fille, ou *in beneficio*, à titre de bénéfice constituant le lien sénioral, ainsi que je l'ai expliqué plus haut (1).

De là résultaient trois sortes de possessions : l'*honor*, qui ne comprenait que le tribut; le *proprium*, qui était la propriété quelles que fussent l'origine des droits du possesseur et la nature primitive des terres possédées; le *beneficium*, possession précaire dont j'ai fait connaître le but et le caractère. Le *proprium* et le *beneficium* n'étaient pas nécessairement composés de terres fiscales, le premier pouvant consister dans des propriétés patrimoniales, allodiales ou acquises, *tàm de alode quàm de comparato*; le second pouvant être composé de terres de cette espèce, converties en bénéfices par l'effet de la recommandation.

89. Ces trois expressions, *honor*, *proprium*, *beneficium*, sont fréquemment opposées et mises en regard, ce qui démontre qu'aux yeux de ceux qui les employaient, elles signifiaient trois choses différentes; les textes qui présentent cette opposition sont nombreux. Dans le capitulaire suivant, l'empereur Louis II prononce une peine contre le comte, l'évêque ou l'employé qui aura négligé de faire partir les hommes soumis au service militaire;

---

(1) Les feudistes anciens et nouveaux présentent souvent comme bénéfices des concessions *in proprio* ou *in integritate* ; leur confusion sur ce point les a parfois conduits à de graves erreurs. Voy. ce que je dis au chapitre des alleux.

cette peine est diverse, suivant la qualité du fonctionnaire: *Si comes aliquem excusatum... dimiserit,* HONOREM SUUM PERDAT. *Similiter eorum ministri, si aliquem dimiserint,* PROPRIUM *et* MINISTERIUM *perdant. Quòd si comes aut bassi nostri remanserint, aut aliquem excusatum retinuerint, aut abbates plenissimè homines suos non dixerint, ipsi suos* HONORES *perdant et eorum bassali et* PROPRIUM *et* BENEFICIUM *perdant.*

Il ressort de ce texte : 1° la distinction des termes *honor* et *ministerium*, distinction que j'ai déjà signalée entre *honor* et *gradus*; en 866, les charges de comte ont le caractère d'honneurs et sont la propriété du titulaire; mais il n'en est pas encore ainsi de leurs délégués et de leurs vassaux : ceux-ci n'ont encore qu'une charge qu'ils travaillent à convertir en honneur, ce qui arrivera plus tard;

2° La possession des *honores* par les abbés, lesquels n'étaient pas comtes et ne répondaient à l'empereur que de leurs hommes qu'ils ne devaient pas retenir; considération qui confirme la distinction précédente entre l'honneur et le grade;

3° La différence du propre, du bénéfice et des honneurs, avec cette observation, que la peine du comte et des abbés n'atteint que leurs honneurs, tandis que celle de leurs vassaux et de leurs employés emporte confiscation et de leurs bénéfices et de leurs propriétés ;

4° Enfin, la distinction du bénéfice et de l'honneur. Un grand nombre de feudistes ont traduit le mot *honor* par le mot bénéfice; en cela ils ont commis une grave erreur, parce qu'ils ont été, par suite de cette confusion, conduits à appliquer aux bénéfices l'histoire des honneurs, et réciproquement.

L'honneur et le bénéfice sont constamment opposés l'un à l'autre; des textes les supposent dans la même main, d'autres les supposent séparés; celui qui précède n'attribue que des honneurs au comte et à l'abbé, et des bénéfices seulement à leurs vassaux et ministres. La loi des Lombards et un capitulaire de Charlemagne indiquent également la possession de l'un ou de l'autre, dans le texte suivant: *De despectu litterarum dominicarum..... Si homo liber vel ministerialis comitis hoc fecerit,* HONO-

REM *qualemcumque habuerit*, SIVE BENEFICIUM *amittat* (1).

Les honneurs et les bénéfices sont deux choses fort distinctes, ainsi que je l'ai suffisamment expliqué. Les honneurs avaient pour objet les tributs, l'impôt et ses accessoires; les bénéfices consistaient dans la concession du sol et de ses fruits ; les uns se composaient des *census*, *functiones publicæ ;* les autres avaient pour profit les *reditus*; les premiers sont devenus les justices, les seconds sont devenus les fiefs.

Mais ils ont eu cela de commun qu'ils ont pu se rencontrer dans la même main ; si des textes supposent la possession de l'un ou de l'autre, leur réunion résulte d'autres documents non moins nombreux ; une multitude d'infractions sont punies de la perte simultanée de l'honneur et du bénéfice, *beneficium et honorem perdat.*

90. La possession simultanée d'un honneur sur un territoire et d'un propre ou d'un bénéfice composés d'un territoire différent, n'était pas de nature à opérer une confusion quelconque dans les droits du possesseur ; mais il n'en était plus ainsi lorsque l'honneur s'étendait sur le sol également compris dans le propre et dans le bénéfice ; il est évident que la distinction des produits de l'honneur et de ceux du bénéfice ou du propre pouvait facilement échapper à celui qui les percevait également ; les natures distinctes et respectives du *census* et du *reditus* n'existaient que dans le droit ; dans le fait, ces produits n'étaient le plus souvent que fictivement séparés.

Cette sorte de consolidation de deux droits fort différents se reproduisit plus tard sous d'autres noms ; lorsque les honneurs furent les justices et le bénéfice le fief, le fief et la justice se trouvèrent fréquemment possédés par la même personne. C'est cette hypothèse qu'indique d'Argentré en disant : « *Jurisdictio etsi cum domanio conjuncta sit , tamen per se subsistit.* »

Dans plusieurs provinces, le fief et la justice étaient généralement réunis ; ainsi, en Bretagne, il était rare que le possesseur

(1) Baluze, t. 1, p. 782, n° 30.

d'un fief n'en eût pas la justice. Beaumanoir nous apprend également que, dans le comté de Clermont, tout propriétaire de fief était en même temps propriétaire de la justice ; on verra plus tard que le même fait existait dans d'autres localités et que plusieurs coutumes le constataient.

Néanmoins ce n'était pas la condition générale ; on a vu plus haut que, dans le territoire de Paris, la proportion des fiefs avec justice à ceux qui en étaient séparés était comme 25 à 149 ; le rapport était encore plus élevé dans les pays de franc alleu, en sorte qu'il était vrai de dire qu'en France le droit commun était la séparation de fait, du domaine et de la justice.

Les feudistes modernes, partant de cette idée que le fief et la justice n'avaient été primitivement qu'une même concession, ont cherché à expliquer comment la justice avait été successivement séparée du fief ; c'était le contre-pied de ce qu'il fallait faire. Étant certain, au contraire, qu'originairement le fief et la justice n'avaient rien de commun, il fallait se demander comment ces deux possessions se sont parfois trouvées réunies.

Ce fut une erreur radicale et féconde en fausses conséquences que l'opinion de Montesquieu qui, malgré la maxime Fief et justice n'ont rien de commun, soutenait au contraire que le fief et la justice avaient une origine commune : « La justice, dit-il (1), » fut dans les fiefs anciens et dans les fiefs nouveaux un droit » inhérent au fief même. » Ailleurs ce magistrat ajoute que le droit de justice était « de la nature du fief et l'une de ses prin» cipales prérogatives (2) ; » et plus loin, « que celui qui avait le » fief avait aussi la justice ; » d'où il conclut que tout possesseur de bénéfice avait droit aux *freda*, c'est-à-dire aux condamnations judiciaires.

Henrion de Pansey, dans ses *Dissertations féodales*, v° Justice, § 1, a réfuté Montesquieu : ce dernier des feudistes fait observer avec raison que si les concessions de bénéfices eussent toujours compris les profits de la justice, on trouverait toujours

---

(1) *Esprit des lois*, liv. 30, chap. 20.

(2) *Ibid.*, chap. 22.

aussi les *freda* mentionnés dans les actes constitutifs des dispositions de cette espèce. Ainsi dans les actes d'immunités, qui ne sont autre chose que des exemptions du droit de justice, l'interdiction aux officiers publics d'exiger le *fredum* ne manque jamais d'être expresse. Or, de Clovis jusqu'à Dagobert, aucune constitution bénéficiale ne comprend les *freda*. Pour la première fois un diplôme de 630 présente une donation faite par Dagobert au monastère de Saint-Denis de différentes terres *cum omnibus justitiis et dominicis terris*. « Comment ne pas reconnaître, dit-il, que le droit de justice n'était pas inhérent à tous » les bénéfices ; qu'à chaque bénéfice ou fief n'était pas indistinctement attachée cette prérogative, si, des différentes chartes » portant concession de bénéfices, les unes transmettent la justice, » et les autres ne laissent pas même entrevoir que l'intention » du prince ait été de la comprendre dans la donation ? »

Henrion de Pansey discute en supposant, avec Montesquieu, que les justices dont il est parlé dans ces actes consistaient principalement dans le droit de juger : j'ai déjà signalé cette erreur comme fondamentale et j'y reviendrai plus tard ; dans cette hypothèse, il a évidemment raison contre son adversaire.

Mais si l'on consulte la vérité des faits, il a tort en deux points.

D'abord les exemples assez nombreux qu'il cite à l'appui de son opinion ne sont pas, pour la plupart, des concessions de bénéfice, mais des donations de propriété ; en sorte que le défaut de la justice dans le détail des choses données *jure proprietario* n'est d'aucune conséquence pour la question de savoir si des bénéfices ont été donnés primitivement sans justice.

Ensuite, non-seulement le mot *justitia* n'a pas pour valeur exclusive le droit de juger, notamment dans l'acte de 630, mais encore il exprime d'autres objets qui sont également désignés par d'autres noms. Ainsi les impôts compris sous la dénomination de *justices* le sont aussi sous celui d'*honneurs*, et l'on a vu que le bénéfice et l'honneur sont souvent, et dès les premiers temps, concédés à une même personne.

91. Quoi qu'il en soit, on a vu par ce qui précède que, dès l'origine, des bénéfices ont existé sans honneurs, et des honneurs sans bénéfices. Les exemples qui ont été fournis jusqu'à

présent offrent des *tributa* de toute espèce, des *justitiæ* de toute nature, concédés sans aucune attribution de terre, soit en propriété, soit en bénéfice. Ce sont trois choses distinctes et souvent opposées que le bénéfice, l'honneur et la propriété, et, par conséquent, même sous la première race, on pouvait les concéder séparément, de même qu'on pouvait les attribuer simultanément.

La concession séparée du fief et de la justice, fut la condition commune des fiefs dans les premiers temps de la troisième race. C'est ce qu'atteste la Thaumassière sur la coutume de Berry : « Dans les premières concessions de fiefs, dit-il, art. 57, ils » étaient donnés sans justice : ce qui a donné lieu à l'ordonnance » de Philippe-le-Bel qu'aucun, même l'Église, sous prétexte de » concession de fief, ne pourrait prétendre à la justice si elle » n'y était comprise nommément. » Cette ordonnance, sous la date de l'an 1311, et rapportée par Baquet, *Traité des droits de justice*, chap. 6, n° 4, consiste dans une réponse faite par le roi à l'un de ses baillis sur le point de savoir si, dans une concession royale, on devait supposer la justice des terres données ; le roi s'exprime ainsi : *Nos tibi super hæc respondimus : quòd in generali concessione quácumque, non intelligimus, nec intelligi volumus,* JUSTITIAM *altam, foragia feuda nobilium, aut jura patronatûs venire.*

Une preuve non moins puissante que, dans l'origine, le concessionnaire d'une justice n'était pas bénéficiaire du territoire soumis à sa puissance, c'est que constamment les justiciers, évêques, comtes, centeniers, faisaient abus de leur autorité justicière pour contraindre leurs sujets à leur vendre ou à leur recommander leurs propriétés. Ces propriétés ne leur appartenaient donc à aucun titre.

Un capitulaire de 811 révèle ces tentatives qu'une multitude d'autres textes peuvent confirmer :

3. *Dicunt quòd quicumque proprium suum episcopo, abbati, vel comiti, aut judici, vel centenario dare noluerit, occasiones quærunt super illum pauperem quomodò eum condemnare possint, et illum semper in hostem faciant ire usquedùm pauper factus volens nolens suum proprium tradat aut*

vendat; alii verò qui traditum habent, absque ullius inquietudine domi resideant (1).

Un célèbre capitulaire de 815, sur lequel j'aurai plusieurs fois à revenir, nous apprend que des Espagnols s'étaient réfugiés sur le territoire de l'Aquitaine, de la Provence et de la Septimanie, et que Louis-le-Débonnaire, les prenant sous sa protection, leur avait distribué des terres abandonnées par suite de la guerre. Le roi, dans ce capitulaire, règle leurs obligations tant à l'égard des comtes qu'à l'égard de leurs propres seigneurs; puis, après avoir déterminé et limité l'autorité justicière du comte, il ajoute :

Noverint tamen iidem Hispani sibi licentiam à nobis inesse concessam ut se in vassaticum comitibus nostris MORE SOLITO *commendent. Et si beneficium aliquod quisquam eorum ab eo cui se commendavit fuerit consecutus, sciat se de illo tale obsequium seniori suo exhibere debere quale nostrates homines de simili beneficio senioribus suis exhibere solent* (2).

Il est donc évident que les comtes, quoique revêtus de l'*honor comitialis*, en d'autres termes de la justice, n'étaient pas *seniores* du territoire soumis à leur administration ; ce territoire n'était pas pour eux un fief ou un bénéfice, ni relativement au roi, puisque la concession en était faite aux Espagnols, ni relativement à ceux-ci, puisque, par une disposition expresse, le capitulaire les autorise à se recommander aux comtes ou à prendre d'eux un bénéfice, afin de se placer à leur égard dans les liens du vasselage.

En un mot, les Espagnols, quoique sujets des comtes, n'en étaient pas vassaux, puisqu'ils pouvaient le devenir.

92. Mais parce que les comtes étaient des hommes puissants, parce qu'ils étaient généralement possesseurs de vastes propriétés dans leurs comtés, parce qu'ils avaient ainsi plus que tous autres les moyens d'opprimer les propriétaires soumis à leur administration ou leurs faibles voisins, ceux-ci furent conduits de gré ou de force à se placer dans leur vasselage. Peut-être y eut-il peu de *potentes*

(1) Baluze, 1-485.
(2) Baluze, 1-552.

qui ne fussent comtes, et peu de comtes qui ne se rendissent *potentes* ou *seniores*, et par conséquent qui ne fussent à la fois seigneurs et justiciers.

Cette même puissance personnelle qui déterminait la recommandation et le vasselage obtenait du roi des concessions territoriales ; la donation simultanée des terres fiscales et des honneurs qui s'y rattachaient fut une seconde cause de réunion dans une même main du bénéfice, et plus tard du fief et de la justice.

D'autres obtinrent de la faveur royale l'attribution de la puissance justicière sur leurs propres possessions, et ce fut un troisième moyen de consolidation de la justice et du domaine. Ces concessions se faisaient de deux manières, ou par donation directe, ou par immunité. Voici un exemple de la première hypothèse : *Quicumque terram tributariam, undè tributum ad partem nostram exire solebat, vel ad ecclesiam, vel cuilibet alteri tradiderit, is qui eam susceperit, tributum quod indè solvebatur, omnimodò ad partem nostram persolvat, nisi fortè talem firmitatem de parte dominicâ habeat per quam ipsum tributum sibi perdonatum possit ostendere* (1).

Le mot *firmitas* exprime ici l'acte par lequel les tributs de la terre sont concédés à son propriétaire ; c'est une donation de la justice au possesseur du domaine, et cet objet est si bien celui de l'acte appelé *firmitas* que nous trouverons plus tard cette expression avec la signification particulière de haute justice.

Les attributions de justices au propriétaire même des terres sur lesquelles l'impôt est perçu se rencontrent plus fréquentes et plus larges dans les immunités : je ferai de cette disposition l'objet d'un chapitre particulier ; l'exemple suivant suffira pour le besoin actuel ; c'est un diplôme du roi Raoul en faveur de l'évêque du Puy (an 924) : *Cujus petitioni benignum præbentes assensum, regnum morem servantes, hoc præceptum immunitatis fieri jussimus, concedentes et omnibusque successoribus omne burgum ipsi ecclesiæ adjacentem et universa quæ ibidem ad dominium et potestatem comitis hactenùs pertinuisse visa*

(1) Casp., 819 ; Baluze, t. 1, p. 611, n° 2.

sunt: forum scilicet, teloneum, monetam et omnem districtum cum terrâ et mansionibus ipsius burgi... (1).

Cette disposition est remarquable en ce que le caractère de l'immunité s'y trouve très nettement tracé; elle a pour effet exprès de transporter à l'immuniste tous les droits et toute la puissance du comte, et ces droits sont détaillés; ce sont ceux qui reçoivent ailleurs le nom de *justitia*, et qui plus tard ont constitué la justice seigneuriale. Le diplôme contient en même temps donation de terres et de possessions appartenant au roi. Cet acte offre ainsi diverses causes de consolidation du domaine et de la justice aux mêmes mains.

93. Les transmissions simultanées de la justice et de la propriété se rencontrent dans une foule d'actes des temps féodaux: les patentes suivantes, du comte de Champagne, de l'an 1227, contiennent la délivrance à Érard de Brenne, et à Philippe, sa femme, de 1200 livrées de terres, avec les droits de justice qui appartiennent au comte sur les terres transmises et sur d'autres appartenant aux justiciables. « Assigno 1200 libratas terræ in » hunc modum, videlicet Herbiciam cum præpositurâ et pertinen» tiis ejusdem villæ quæ ad me pertinebant, et terram illam » quam ecclesia sanctæ Margaritæ apud Richebourg et in perti» nentiis ejusdem villæ habebat (2). Salvâ solum custodiâ domûs » Rebasten sitæ apud Herbiciam, cujus domûs solùm custodiam » mihi retinui. Ita tamen quòd tota justitia, quam habebam extrà » porprisium domûs præfatæ apud Herbiciam, erit dictorum Erardi » et Philippæ, excepto Coutino de Villariis cum pueris ex corpore » suo successivè descendentibus quos mihi retinui. item... Pipe» rim et totam majoriam ejusdem villæ cum pertinentiis quæ ad » me pertinebant... exceptis solùm custodiâ et justitiâ corporum » hominum capituli S. Petri, apud Piperim in majoriâ ejusdem » villæ manentium. Ita tamen quòd si aliquis de hominibus præ-

(1) *Histoire du Languedoc*, t. 2, dipl. 48.

(2) *Habebat* est pris ici pour *habet*, et l'imparfait a constamment dans cet acte la valeur du présent; ce style est usité dans un grand nombre de documents de cette époque.

» dictis captus fuerit ad melleiam, vel ad præsens forefactum
» apud Piperim et in majoriâ ejusdem villæ, justitia et emenda
» erit indè prædictorum Erardi et Philippæ. Si verò aliquis de
» hominibus capituli non fuerit deprehensus ad meileiam, vel ad
» præsens forefactum, si quis contrà ipsum agere voluerit, suprà
» forefacto, adhuc clamorem faciet, et si de forefacto coràm me
» convictus fuerit, vel probatus, et justitia et emenda meæ erunt, et
» de prædictis hominibus capituli retinui mihi solùm cum prædictis
» custodiâ et justitiâ modo prædicto expressis, exercitum et expe-
» ditionem..... (1). »

Cet acte est très notable en ce qu'il montre à la fois la justice réunie au domaine, séparée de la propriété, et démembrée dans ses propres éléments. Il caractérise utilement cette sorte de possession qui constituait la justice seigneuriale.

94. Les moyens par lesquels la justice et le domaine se trouvaient réunis dans une même main laissent clairement aperce-

---

(1) Chantereau le Fèvre, *Traité des fiefs*, part. 2, n° 175. Il serait utile de lire l'acte entier, qui est fort long. Trad. : « Je remplis les douze cents livrées » de terre comme suit ; savoir : Herbici avec sa prévôté et les dépendances de » ce village qui m'appartiennent et la terre qui appartient à l'église de Sainte- » Marguerite dans Richebourg et dans les dépendances dudit village, réservant » seulement la justice (*custodia*) de la maison de Rebasten, située dans Her- » bici, de laquelle maison je ne réserve que la justice, de manière cependant » que toute la justice que j'ai hors du pourpris de cette maison, dans Her- » bici, appartiendra auxdits Érard et Philippe, excepté Coutin de Villars, » avec les enfants nés de son corps et tous ses descendants que je me réserve. » En outre Piper et toute la mairie dudit village, avec les dépendances qui » m'appartiennent, excepté seulement la garde et la justice personnelle des » hommes du chapitre de Saint-Pierre, demeurant à Piper, dans la mairie dudit » village ; de manière cependant que si quelqu'un de cesdits hommes avait été » pris en mêlée ou en flagrant délit dans Piper ou dans la mairie dudit vil- » lage, la justice et l'amende appartiendront auxdits Érard et Philippe. Mais si » quelqu'un des hommes dudit chapitre n'avait pas été pris en mêlée ou en » flagrant délit, et qu'un autre, voulant agir contre eux à raison d'un méfait, » portât sa plainte vers moi et que le défendeur fût convaincu du méfait, la » justice et l'amende m'appartiendront. Et parmi les hommes dudit chapitre » je me suis réservé seulement, avec ladite garde de justice, l'host et la che- » vauchée. »

voir que leur consolidation ne les confondait pas ; quoique possédées par le même seigneur, ces deux possessions demeuraient distinctes dans leur cause, dans leur nature et dans leur origine; elles continuaient réellement de n'avoir rien de commun, quoique exercées par la même personne. On conçoit en conséquence comment les ventes, les partages, et toutes les conventions de la vie civile en produisaient ensuite la séparation; les possesseurs ne cessèrent jamais de distinguer, dans leur avoir, leurs droits de propriété de leurs droits de justice; ils en disposèrent séparément toutes les fois qu'ils le jugèrent convenable à leurs intérêts; leurs héritiers agirent de la même manière : les partages héréditaires, les contrats de mariage, les donations, divisèrent de nouveau les fiefs et les justices que des actes de même nature avaient réunis, et produisirent à cet égard les résultats que j'ai signalés plus haut (nº 74), tels que l'éparpillement des droits de justice, au treizième siècle, dont le registre des *Olim* offre un remarquable et curieux tableau.

95. Il me reste à parler, dans ce chapitre, des réunions du fief et de la justice opérées par les inféodations simultanées de la terre et de la justice.

J'ai déjà dit que dans les concessions justicières il fallait distinguer deux époques et deux espèces : d'abord, celles qui attribuent les honneurs ou la justice, soit par délégation, soit par donation ou vente, soit avec la terre, soit sans la terre ; ensuite celles qui concèdent la justice par voie d'inféodation (nº77).

J'ai fait, à cet égard, observer que lorsque les honneurs furent tombés dans le domaine privé, les possesseurs de ces jouissances les concédèrent à titre de fief et s'en firent un moyen de pouvoir féodal. Déjà les rois avaient disposé des justices, c'est-à-dire des comtés et des duchés, à ce titre. Aimoin rapporte que Clovis donna à l'un de ses officiers, à titre de bénéfice, le duché du pays de Melun: *Clodoveus rex Francorum Milidunum castrum Aureliano cum ducatu totius regionis* JURE BENEFICII *concessit* (1).

---

(1) Lib., cap. 14, cité par Ragueau, vº *Fief servant.*

Il est permis de croire que l'historien a pu confondre et attribuer à la concession de Clovis un caractère qui ne s'est introduit dans les usages que postérieurement.

Néanmoins, dans les huitième et neuvième siècles, on trouve des exemples d'attributions d'honneurs à titre de bénéfices, faites tant par le roi que par les grands officiers, et les possessions de ce genre sont qualifiées *beneficiarii honores* (1). C'est pourquoi les honneurs sont parfois considérés comme des fiefs : *Honores*, dit Ducange, *pro feudis passim occurrunt* ; c'est aussi ce qui fait dire à Robertus Montensis : *Caput sui honoris, scilicet Ambasiam, tenebat de rege Henrico* (2).

Les fiefs d'*honneurs* ou de *justice* ont été constamment distingués des fiefs de domaine ; les premiers ont pris plus tard le nom de fiefs de *dignités*, qui est le même que celui de fiefs d'*honneurs*. Les fiefs de cette espèce ont toujours eu pour objet la justice ou quelques-uns des droits qui la constituent.

96. Les justices ont été inféodées tantôt en même temps que la terre, et tantôt séparément.

Lorsque l'inféodation comprit simultanément le domaine et la justice, une double hiérarchie s'établit : le vassal fut vassal à un double titre ; il dut hommage pour la justice et hommage pour le domaine. Je ferai plus tard le parallèle et la distinction des droits et obligations de l'un et de l'autre, même lorsqu'ils étaient compris sous une seule inféodation.

La règle des inféodations s'étendit aux sous-inféodations ; de même que le possesseur direct d'un domaine et d'une justice put les inféoder ensemble ou séparément, de même le vassal feudataire d'une terre et de sa justice put à son tour les inféoder ensemble ou séparément. Le démembrement de l'une et de l'autre fut assujéti aux règles locales relatives au démembrement du fief.

« Dans les pays, dit Garan de Coulon (3), tels que ceux de

(1) Ann. Bertin., an 839, citées par Laboulaye, *De la propriété*, p. 339.

(2) Ann. 1161 ; Hautesserre, *De ducibus*, cap. 10.

(3) *Anc. Répert.*, v° *Démembrement de justice.*

» droit écrit, où l'on peut aliéner séparément chaque portion de
» fief sans le consentement du seigneur, on peut aliéner de même
» telle portion de justice que l'on juge à propos. Ce morcellement
» de justice est surtout très commun en Provence. Comme les
» biens nobles y tombent en roture lorsqu'ils sont aliénés sans
» une portion de juridiction, on ne manque presque jamais, dans
» les contrats de vente, de transporter une petite portion de ju-
» ridiction avec le domaine noble, afin de pouvoir jouir de la
» franchise des tailles qui en est la suite. Il n'est pas même né-
» cessaire que cette portion soit égale à la portion du domaine du
» fief que l'on aliène; on y vend un sou, un denier même du droit de
» justice. Cette division de la juridiction est tellement indéfinie,
» qu'il n'est pas rare de voir des justices dont l'exercice est divisé
» par mois, jours et heures. »

Ce que l'auteur dit ici de la vente, et ce qu'on a vu d'ailleurs dans plusieurs exemples précédents, doit se dire à plus forte raison de la sous-inféodation, toujours plus licite et plus favorable que l'aliénation proprement dite.

97. Souvent les justices furent inféodées seules et sans la seigneurie des lieux attribués : ce fut notamment la règle générale de l'institution des vicomtes, des viguiers, des châtelains, des prévôts. C'est pourquoi ces feudataires ont été longtemps sans prendre le nom des localités dont la justice leur était inféodée. Brussel fait observer (1) « que dans les onzième, douzième et
» treizième siècles il n'y a eu, soit dans la Champagne, soit dans
» les autres provinces du royaume, aucune seigneurie particulière
» qui ait porté le titre de vicomté. » Dans ce cas, les droits du concessionnaire consistaient uniquement dans les droits de justice tels que je les ai fait connaître. La consistance de la vicomté de Paris en offre un exemple remarquable : suivant une charte de 1190, rapportée par Brussel, p. 701, la terre de Thérouenne, située dans le territoire de ladite vicomté, appartenait à Jean de Montreuil, et le roi, à raison de sa vicomté de Paris, y possédait

(1) P. 693.

les droits suivants : *Exercitum et equitationem, tollam et talliam, captum et murtrum et homicidium et justitiam mercatoris quantùm pertinet ad mercaturam et homines albanos, et tonleium ab horâ nonâ diei Veneris usque ad vesperas diei sabbati.* Tous ces droits composaient la vicomté et consistaient, comme on le voit, uniquement en droits de justice. Le surplus, c'est-à-dire les revenus et produits, et même une partie des droits de justice, appartenait à Jean de Montreuil à titre de propriété : *Alia verò sunt Joannis et heredum suorum.*

98. L'indépendance du domaine et de la justice inféodée fut une nécessité lorsque l'inféodation ne comprenait qu'un démembrement de la justice, ainsi que je l'ai dit plus haut, n° 94. Dans le cartulaire de Champagne pour les douzième et treizième siècles, on voit des vassaux dont le fief consiste dans une portion de péage, dans des droits de moulin, de fours, de marchés, de franchises. Les droits suivants sont inféodés à différents seigneurs, qui se reconnaissent en conséquence hommes liges du comte de Champagne :

... *De quarto telonii domorum in quibus vendunt Trecis mercatores Cathalaunenses... de medietate examinum quæ inveniuntur in nemoribus... de quarto minagii et stallagii panis villæ manûs... de aquis Murterolii, de molendinis super Yonam, de pedagio per aquam et terram ibidem, de furno in burgo Yonæ et omni justitiâ usque ad pilerum... de domo ubi vendunt Laquenses ad Pruvinum... de franchisiâ domus et platearum defuncti Bogerii... de franchisiâ halarum in quibus vendunt Parisienses apud Barrum... de quatuor stallis piscium et carnium... de furno bannali...* (1).

Ces exemples confirment l'idée que j'ai donnée jusqu'à présent de la justice : c'est l'impôt devenu possession privée. Ils montrent aussi le fief avec le caractère propre qui lui appartient, c'est-à-dire la solde du service et le lien du vasselage. Peu importe aux parties la nature de la concession qui doit tenir lieu de gages ; il suffit qu'elle apporte un profit au concessionnaire pour

(1) Brussel, p. 43.

l'engager dans l'association séniorale. On a pu remarquer l'inféodation de la franchise d'une maison ; ce mot, que nous verrons reparaître, signifie généralement l'affranchissement d'un droit de justice; ici il exprime la redevance fixe consentie par le justiciable pour acquérir cet affranchissement. C'est cette redevance qui constitue, dans l'exemple précédent, le fief de l'homme qui se reconnaît lige. Le cartulaire présente le cas d'un vasselage constitué au moyen de la franchise due par le vassal lui-même : *Johannes Malitonnii de villâ Cendriâ; ligius... de franchisiâ domorum suarum in valle Pruvini*. Fréquemment on rencontre des rentes ou des intérêts de sommes constituées en fief. J'ai parlé d'une donation de sommes déterminées à prendre sur un péage, (nº 74); voici lamême chose donnée en fief : *Feodum est* 30 *libræ in theloneo pedagio castri Theodorici*.

99. D'autres fois le seigneur, en inféodant la justice d'un lieu, inféodait, par le même acte, un autre domaine. De nombreux aveux montrent dans la main du même vassal, des droits de justice sur un territoire et des droits de fief sur un autre, tenus d'un même dominant. Cette circonstance se rencontre dans un extrait du cartulaire de Chartres, cité par Brussel, p. 686 : « Messire » Gauthier de Rochefort, chevalier, tient la vicomté de Chartres, » de la contesse, ès villes qui s'ensuivent; c'est à savoir : à » Gourdies et les appartenances, et *la joustice haute et basse ;* » Gilainville et les appartenances, et *la seigneurie;* Macouillier et » les appartenances, et *la serjanterie*, et *la joustice haute et* » *basse...* »

Dans cet exemple, Gauthier possédait en fief les droits de justice sur les territoires de Gourdies et de Macouillier et le domaine utile du fonds, la seigneurie, sur Gilainville.

L'usage des inféodations simultanées ou séparées du domaine et de la justice a fait naître la question de savoir à quelles conditions se rattachait la présomption de la double concession ; question examinée par tous les feudistes depuis Balde jusqu'à Henrion de Pansey, et formulée en ces termes : *An concesso castro censetur concessa jurisdictio*. La solution a été aussi diverse que l'usage des lieux ; là où la double concession a été la convention la plus fréquente, la considération du plus grand

nombre a prévalu, et l'inféodation du domaine a fait supposer l'inféodation de la justice.

C'est cette règle que consacrent plusieurs coutumes lorsqu'elles disent que le propriétaire d'un fief est présumé propriétaire de la justice, ce que mal à propos plusieurs feudistes ont pris pour une dérogation à la maxime fief et justice n'ont rien de commun. L'art. 25 de la coutume d'Amiens porte : « Tous fiefs » qui sont tenus à 60 sols parisis de relief et à 20 sols de cham- » bellage, ou par plus grande tenue, sont présumés nobles et » tenus en plein hommage ; tellement que les propriétaires d'iceux » fiefs ont en iceux toute seigneurie et justice haute, moyenne » et basse, et telle et semblable que les seigneurs féodaux dont ils » tiennent. »

Remarquez que cette présomption ne s'attache qu'à certains fiefs et qu'elle suppose également que le seigneur féodal avait la justice; s'il n'en était pas possesseur, il ne pouvait pas la transmettre, car, comme on le verra, tout propriétaire d'un domaine a pu créer le fief, mais non constituer une justice qui n'existait pas ; il ne peut pas non plus la transmettre autrement qu'il ne la possède.

Cette règle est une conséquence évidente du caractère des justices telles que nous les avons comprises jusqu'à présent ; elle s'est perpétuée et maintenue dans le droit seigneurial ; les feudistes l'ont constamment enseignée, quoique, sous l'empire des idées de la royauté moderne, ils l'aient rattachée à ces idées, qu'assurément elle avait précédées de longtemps. D'Argentré, sur l'art. 344 de l'ancienne coutume de Bretagne, gl. 2, l'exprime ainsi : *Infeodatio per se non importat jurisdictionem ; sed si infeodans alias eam habeat, potest ea ex consensu et lege apposita in concessione extendi ad talem vassallum, veluti ex prorogatione.* Et plus loin : *Itaquè interrogatus an quisquam, qui jurisdictionem non habet, possit per infeodationem domanii sui, eam erigere; indistinctè respondi non posse, nisi antè habeat.*

Cette explication répond parfaitement à l'art. 25 de la coutume d'Amiens et l'interprète très clairement.

100. L'existence des hautes justices, possédées par des vassaux qui n'étaient pas comtes, a pour origine les concessions en fief de ces justices. Régulièrement, et d'après ce qui a été dit des délégations usitées dans les deux premières races (nº 78), la haute justice devait être exclusivement celle du comte ; le vicaire ne devait posséder que la basse.

C'est bien en effet ce qui eut lieu, en ce sens que, dans le système des institutions de la troisième race, tout comte eut la haute justice, et tout viguier ou voyer primitif n'eut que la basse ; mais les concessions de justice à titre de fief eurent un autre caractère que les délégations primitives. Faites séparément d'un domaine, elles furent essentiellement partielles et consistant uniquement dans certaines prestations ou redevances justicières et détachées de la justice du concédant ; faites avec le fonds, elles purent comprendre tout ce que le seigneur concédant possédait sur le territoire, et en conséquence toutes les attributions du comte, lorsque le seigneur jouissait de cette prérogative, en d'autres termes, la haute justice, *justitiam omnimodam ;* ainsi le feudataire, quoique non revêtu de la dignité de comte, en eut cependant la justice, *eamdem potestatem judiciariam*. La juridiction du vassal ne fut pas une justice inférieure, comme l'était celle du vicaire ; ce fut celle même du comte qui lui fut transmise, ainsi que l'explique Craggius : *In his casibus vassallus, quatenùs ei conceditur, domini est quasi deputatus*, EJUSQUE VICE ET OFFICIO FUNGITUR (1).

Toute inféodation d'un domaine en baronnie, châtellenie, chevalerie et à quelques autres titres, supposait en même temps l'inféodation de la haute justice. J'indiquerai ailleurs des coutumes où l'inféodation de la basse justice ou celle de la justice censuelle était présumée avec celle du domaine, à moins de preuve contraire.

(1) *Jus feodale*, lib. 2, p. 192. Les justices inféodées étaient si bien de même nature que celle du comte qui en faisait la concession, que dans une multitude de lieux l'inféodation consistait dans un partage des même droits ; le comte percevait dans telle localité, ou sur tels hommes, ou pendant tel temps de l'année ou tel jour de la semaine ; le surplus était dévolu au vicomte, au châtelain ou à tout autre feudataire justicier.

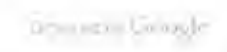
D'un autre côté, des coutumes nombreuses portaient expressément que la concession du fief n'emportait pas concession de la haute justice : *Infeodatio per se non importat jurisdictionem*, dit d'Argentré, même sous la coutume de Bretagne, dans laquelle la justice et le fief étaient presque toujours réunis. On verra plus au long l'application de ce principe en traitant des droits de justice relativement au fonds et au domaine.

C'était notamment la règle commune des concessions ecclésiastiques ; de droit, elles emportaient réserve de la justice, à moins d'expression contraire : *Nisi aliter eximatur* (1). Et dans ces concessions mêmes la présomption contraire résultait de ce que l'inféodation était dite en franche aumône ; c'est ce qu'enseignaient les jurisconsuites, en citant pour la plupart les anciens coutumiers de Normandie : *Eleemosyna libera vel pura est in quâ princeps nihil terrenæ retinet sibi jurisdictionis et hujus eleemosynæ tota jurisdictio ad ecclesiasticam pertinet dignitatem* (2).

Il était de règle, dans les concessions royales de la troisième race, que la haute justice n'y était point comprise, à moins que l'attribution n'en fût expresse (n° 91). Cette règle est constatée par un arrêt de l'an 1272, portant : *In dono à rege facto cujuscumque jurisdictionis altam justitiam non comprehendi*; et, suivant un autre arrêt de la même année : *Quæsitum fuit à consilio domini regis utrùm per hæc verba generalia, expressa in quâdam donatione factâ à rege : Dedimus* QUIDQUID HABEMUS, ET HABERE POSSUMUS *in tali loco, data sit ad usus hujus curiæ, alta justicia... Responsum fuit à curiâ, quòd secundùm usum hujus curiæ per talia verba generalia non datur alta justitia.* V. Bacquet, *Des droits de justice*, chap. 6, n° 8.

Je terminerai ce chapitre en transcrivant un document qui en résume merveilleusement toutes les explications : c'est un acte de 1140, publié par M. Guérard, tom. 2, p. 380, de son savant ouvrage sur le polyptique d'Irminon. Dans cet acte, quatre

(1) Dumoulin, *Des fiefs*, § 41, n° 65.
(2) Hévin, *Quest. féodal.*, p. 200.



contractants comparaissent : d'abord le comte Thibauld, en sa qualité de justicier dominant; ensuite Hilduin de Matriolis, son vassal, tenant de lui, à titre de fief (*de feodo*), l'avouerie (*advocatiam*) du lieu dont il s'agit; puis l'abbé de Saint-Germain, propriétaire dudit lieu, nommé *Vallis*; enfin, les habitants censitaires ou colons de la terre (*possessiones*). Les parties exposent qu'Hilduin a droit de percevoir cent muids de vin dans sa vouerie (*in potestate*); mais que, par suite des guerres et des vexations tant d'Hilduin que de ses prédécesseurs, la terre a été dévastée et abandonnée par les habitants; que ceux qui y sont restés ne peuvent payer le tribut ordinaire, et qu'en conséquence il est de l'intérêt tant des habitants que de l'abbé propriétaire et du justicier que ce tribut soit réduit et réglé : ce à quoi toutes les parties procèdent d'un commun accord. Ce qu'il importe de remarquer dans cet acte, c'est la coexistence des deux droits sur une même terre, savoir : la justice, ou *advocatia*, et la propriété, ou seigneurie; la première appartenant au comte et inféodée à son vassal Hilduin; la seconde à l'abbé et possédée par les habitants à titre de colonage; l'une et l'autre produisant des revenus, *census* pour le justicier, *reditus* pour le propriétaire..... « Ego itaque Tebaldus, dei gratiâ COMES palatinus, notifico... quòd Hilduinus de Matriolis IN TERRA SANCTI GERMANI, quæ Sanctus Germanus et Vallis appellatur, et in ADJACENTI POTESTATE centum modios vini SE DEBERE HABERE IN FEODO MEO testabatur. Sed quoniam ipsa terra tàm guerris quàm ipsius Hilduini et predecessorum ejus diversis oppressionibus penè destructa fuerat, et paucis incolis habitabatur; nec ibi vineæ cultæ erant cùm ipsam vini quantitatem habere non valeret, à paucis habitatoribus eam exigebat, nec eis parcere volebat; quâ de re terræ ipsius incolæ commoti, POSSESSIONES SUAS deserentes fugam parabant. ABBAS VERO Hugo et monachi beati Germani POSSESSIONIS SUÆ devastationem graviter ferentes, Hilduinum convenerunt, rogantes ut à tantâ et INSOLITA EXACTIONE cessaret, nec ab hominibus terræ suæ majorem vini quantitatem, quàm ipse vel pater suus habuerant, violenter exigeret; sicque, incolis redeuntibus et terram et vineam libentiùs colentibus, ipsis et Hilduino majus indè commodum proveniret. Hilduinus siquidem jam sibi damnum

» incurrisse, fugatis incolis, prospiciens, petentium precibus ce-
» leriùs assensum præbuit. QUIA VERO ADVOCATARIAM præfatæ
» terræ idem DE MEO FEODO TENEBAT, utrique monachi videlicet
» et Hilduinus, Calestræ præsentiam meam adierunt, obnixè de-
» precantes ut HUIC REMISSIONI misericorditer ASSENTIREM...
» petentium preces gratanter obaudivi. Statutum itaque in præ-
» sentiâ meâ, me discernente et Hilduino assentiente, ne ab
» incolis, eo tempore præscriptam terram habitantibus, major
» vini quantitas quàm ipse vel pater ejus habuerant, deinceps
» exigatur... (1). »

---

(1) Trad. : « Moi Thibauld, par la grâce de Dieu, comte palatin, je notifie..
» qu'Hilduin de Matriolis tenait de moi en fief, et dans la terre de Saint-
» Germain, nommé Vaux-Saint-Germain, et dans la justice adjacente, cent
» muids de vin. Mais parce que cette terre avait été presque entièrement dé-
» vastée, tant par les guerres que par les oppressions diverses d'Hilduin et de
» ses prédécesseurs, et n'avait plus qu'un petit nombre d'habitants ; que les
» vignes qui étaient cultivées ne pouvaient plus fournir la quantité de vin à
» laquelle il avait droit, et que cependant il ne voulait rien en diminuer et
» en exigeait la totalité du petit nombre des habitants qui restaient, en sorte
» que ceux-ci se préparaient à abandonner leurs possessions. Mais l'abbé
» Hugo et les moines de Saint-Germain, éprouvant un grave préjudice de la
» ruine de leurs propriétés, vinrent trouver Hilduin, le priant de se désister
» d'une exaction si grande et si excessive, et de ne pas exiger des hommes de
» leurs terres une quantité de vin plus grande que celle que percevait son
» père, en sorte que les cultivateurs puissent revenir et labourer leurs terres
» et leurs vignes avec plus de courage ; qu'il en résulterait ainsi pour eux et
» pour Hilduin un avantage plus grand. Hilduin, considérant que de la fuite
» des habitants il était déjà résulté pour lui un préjudice considérable, avait
» accédé aux prières des demandeurs ; mais, parce qu'il tenait de moi en fief
» l'avouerie de ladite terre, Hilduin et les moines se présentèrent devant moi
» à Calestre, me suppliant de consentir miséricordieusement à cette remise,
» ce que j'ai accueilli. C'est pourquoi, en ma présence, de mon aveu et du
» consentement d'Hilduin, il a été convenu qu'à l'avenir il n'exigerait pas
» des habitants dudit lieu une plus grande quantité de vin que celle qui avait
» été perçue par son père... »

CHAPITRE V.

DES DROITS DE FIEF ET DES DROITS DE JUSTICE SOUS LE RAPPORT DE LEURS RÈGLES GÉNÉRALES ET RESPECTIVES.

SOMMAIRE.

101. Distinction des règles générales du fief et de celles de la justice.
102. Nomenclature et classification des redevances justicières.
103. Transformation des droits de justice tombés dans le domaine privé:
104. Des communes et de la rédaction des coutumes.
105. De l'interversion des titres et des droits de justice.
106. Des règles générales du fief.
107. Des règles des droits de justice. — La coutume. — Droit romain.
108. De la coutume sous la première et la seconde race.
109. De la force et de l'influence de la coutume.
110. Suite. — De la coutume à l'égard du fief.
111. Des formes particulières au fief et à la justice ; des aveux et déclarations.
112. Des officiers de justice et des officiers de fief.
113. De la saisie justicière et de la saisie féodale.

101. La maxime Fief et justice n'ont rien de commun ne serait pas écrite dans tous les livres coutumiers, et ne manifesterait pas ainsi la double et distincte origine des droits seigneuriaux, que cette distinction n'en serait pas moins une nécessité, et la séparation de ces droits en deux classes la condition essentielle de tout travail sur le régime féodal. Il ne faut qu'un regard attentif sur l'ensemble des règles constitutives de ce régime pour aper-

cevoir l'impossibilité de les rattacher au même principe; il devient évident que deux institutions différentes dans leurs causes, dans leurs natures et dans leurs effets marchent parallèlement sans jamais se confondre. Comment ne pas être frappé de l'existence simultanée sur un même territoire de deux seigneurs, de deux puissances, de deux classes de droits, les uns portant des noms différents, les autres désignés par la même dénomination sans cesser d'être distincts? D'une part, la foi, l'hommage, le retrait, le bail, la commise; de l'autre, la confiscation, les péages, les bannalités, les droits de deshérence et d'aubaine; puis sous un même nom deux sortes de redevances censuelles, deux sortes de corvées, deux sortes de droits de pêche, de droits de chasse, de droits de moulins, de droits de mutation, de droits de relief, de services militaires; enfin, au-dessus de cette multitude de redevances et d'obligations si diverses et si confuses en apparence, deux systèmes profondément séparés entre eux, qui se les partagent toutes, et frappent chacune de celles qui leur appartiennent de conditions auxquelles il est toujours facile de les reconnaître et dont aucune n'est affranchie.

Il est impossible de nier que cette division de tous les éléments du régime seigneurial ne soit puissamment significative; on ne comprendra jamais ce régime tant qu'on n'aura pas clairement expliqué le dualisme qui lui est manifestement essentiel. Cette observation est vraie, soit qu'on l'attache à la maxime Fief et justice n'ont rien de commun, soit qu'on l'applique à la double classification des droits seigneuriaux.

Ce n'est au surplus qu'une seule et même chose, car la maxime n'est que l'expression de la division réelle: l'une des catégories répond à la justice, l'autre au fief; tous les droits seigneuriaux sont droits de justice ou droits de fief; tous les droits de justice ont le même caractère et subissent les mêmes règles; il en est de même des droits de fief; mais le système qui régit les uns est profondément différent de celui qui régit les autres.

C'est à l'examen des régimes de ces deux institutions que je dois me livrer actuellement; ce travail doit nous conduire à la connaissance des conditions du fief et de la justice et à l'exacte appréciation de leurs natures respectives.

102. Les redevances justicières étaient fort nombreuses; la plupart des droits qualifiés féodaux et dénommés dans les glossaires ou les traités des droits seigneuriaux appartenaient à la justice. Ces droits participaient de l'universalité de l'impôt romain; comme lui ils affectaient toute chose, toute possession, toute manière d'être ou d'agir de l'homme, de la famille et de sa fortune. C'était du justicier et de ses prétentions qu'il était vrai de dire: « Le seigneur enferme ses manants comme sous voûtes et » gonds; du ciel à la terre, tout est à lui: forêts chenues, oiseau » dans l'air, poisson dans l'eau, bête au buisson, l'onde qui coule, » la cloche dont le son au loin roule. »

Les uns affectaient directement le vilain ou manant, et l'assujétissaient au service corporel; tels étaient les corvées, le droit de gîte ou de past, le service militaire.

Les autres se percevaient sur l'usage des choses publiques, tels que les péages, les droits de halles et de marchés.

D'autres s'appliquaient à certaines jouissances, comme les droits d'herbage, de panage, de pacage, de blairie, etc.

Un grand nombre frappaient les biens et leurs possessions, tels que les cens, les lods et ventes, les reliefs, les fouages et redevances de toute espèce.

La classe entière des bannalités avait pour objet d'interdire aux sujets du seigneur la jouissance de leurs propriétés: tels étaient les droits de chasse et de pêche, les droits de banvin qui consistaient à défendre la vente des vins ou des denrées avant que le seigneur eût vendu les siennes, les droits de verrat, de taureau, de moulin, de colombier, etc.

Enfin, le seigneur justicier percevait les amendes et condamnations que subissaient ses sujets pour délits ou contraventions aux lois et coutumes, pour la violation de son ban ou le défaut d'accomplissement des obligations justicières.

Aucune coutume, aucun feudiste, n'a donné la nomenclature classifiée des droits de justice et des droits de fief; Ragueau, dans son Glossaire des droits seigneuriaux, ne les distingue point sous ce rapport; il semble que les auteurs aient pris à tâche de les confondre; les législateurs coutumiers ont fréquemment attribué au féodal ce qui était au justicier, et réciproquement; en un mot, dans le langage du droit ancien, on ne trouve aucune exactitude

en ce qui concerne la séparation, pourtant toujours reconnue radicale, des deux éléments de la puissance seigneuriale.

Bien plus, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature d'un droit ou d'une redevance, le désaccord surgit presque toujours; l'un attribue à la justice ce que l'autre donne au fief; les coutumes sont aussi diverses : ce qui est ici féodal est là de justice; les mêmes droits sont dans une même localité de justice et de fief. C'est ainsi qu'il existe des droits de vingtain, des droits de colombier, des droits de pêche, des droits de chasse, de bannalité, ayant tantôt l'un, tantôt l'autre caractère.

Les droits de fiefs ont offert, dès l'origine, une ressemblance profonde avec les droits de justice; la plupart ne consistaient qu'en une même redevance partagée entre le *senior* et le justicier; par exemple, le *census* de la justice et le *reditus* du propriétaire n'étaient l'un et l'autre qu'une portion des mêmes fruits. Il en était ainsi d'une foule de redevances, de services et d'obligations imposées aux colons.

Dans un assez grand nombre de concessions bénéficiaires, le concédant stipulait à son profit les mêmes redevances dont jouissait le comte.

De son côté, le justicier s'efforça constamment d'élargir la part fiscale et de l'assimiler à la part du possesseur. A l'imitation l'un de l'autre, les deux seigneurs multiplièrent les obligations de leurs subordonnés. Si, hors de la constitution justicière, la plupart des devoirs étaient le résultat de la convention et la condition du fermage, du colonage, de la recommandation ou du bénéfice, un grand nombre fut le fruit de l'abus de la puissance et de l'impossibilité où le vassal fut de résister aux exigences de son seigneur. Il y eut donc dans certains droits de justice et de fief similitude d'origine et d'objets; le débiteur les confondit et n'était guère intéressé à les distinguer.

103. Les droits de justice furent nécessairement altérés en passant de la jouissance publique dans la possession privée. L'impôt, changeant de destination, devait être modifié dans sa nature; il est évident que le nouveau possesseur n'avait plus besoin des armes ni des fournitures exigées précédemment pour les nécessités d'une administration publique. Cependant, il dut se garder de

laisser périr les obligations dont le profit lui était attribué, et chercher à les approprier à son usage.

Les polyptiques des églises immunes sont expliqués par cette observation et en même temps la confirment (1). On y trouve, en effet, tous les impôts romains convertis en redevances privées; par exemple, les obligations de transporter, de faire des charrois, de fournir des chevaux, de recevoir les officiers publics et de les héberger, de fabriquer des armes, des vêtements, des instruments de labourage, enfin le service militaire, s'y rencontrent très exactement, mais appliqués aux besoins du monastère; ainsi le colon, au lieu de loger les fonctionnaires du roi, logera les moines en voyage; au lieu de fabriquer des tuniques militaires, les femmes confectionneront des chemises et des robes pour les religieux; au lieu de marcher personnellement au service du roi, l'homme de la puissance, *de potestate*, paiera une redevance en argent : toutes ces obligations conservent le même nom et constatent leur cause primitive. La corvée de charrois se nomme *angaria*, comme dans les textes du Code; le devoir dérivant des fournitures de chevaux s'appelle *paraveredum*; celui qui remplace le service militaire est désigné sous la dénomination de *ad hostem*. Le *census* persiste partout sans changer ni de nom, ni d'étendue, ni d'objet, et lorsque les polyptiques deviennent les terriers féodaux, la redevance conserve le nom de *censive*.

104. Les droits de justice subirent une altération plus profonde encore dans les conventions des onzième, douzième et treizième siècles, connues sous le nom d'affranchissement des communes. Le véritable caractère de ces actes passés entre un seigneur justicier et ses sujets n'est pas toujours un affranchissement de serfs, car les communes ne sont pas des esclaves; au contraire, le plus souvent les hommes y stipulent comme libres et francs. L'objet du contrat est de déterminer les droits de justice, de les limiter, et de faire cesser les déprédations sans règles et à merci contre lesquelles les associations des communes se

(1) Voy. notamment le polyptique de l'abbé Irminon, publié par M. Guérard.

sont formées. Il y a transaction entre le vainqueur et le vaincu qui se révolte et s'organise pour la résistance; le premier consent à reconnaître au second une existence sociale et politique; celui-ci s'avoue sous la puissance de l'autre et consent l'obligation désormais régulière des redevances dont ni lui ni son père n'ont vu le commencement.

Les célèbres coutumes de Lorry, établies par Louis-le-Gros et confirmées par Louis-le-Jeune et Philippe-Auguste, ne sont pas autre chose que le tarif des droits de justice auxquels les habitants seront soumis à l'avenir; la nomenclature de ceux qui demeurent exigibles est fort longue et constitue encore un impôt considérable; mais le roi s'interdit de l'augmenter; il renonce à de nombreuses exactions pratiquées ou possibles, et limite expressément ses droits pour l'avenir (1).

Les chartes de communes ne contiennent pas seulement l'interdiction à tous justiciers de pénétrer sur le territoire pour y exercer à main armée les droits qu'ils s'y étaient attribués, mais encore le plus souvent ces droits sont convertis en redevances annuelles, soit en deniers, soit en nature, ou rachetés moyennant une somme fixe.

Il en fut de même de la plupart des concessions accordées par les seigneurs du onzième au quatorzième siècle; les affranchissements de mainmortes, de tailles, de corvées, d'obligations indéterminées de toutes sortes; le droit de bourgeoisie, la protection, la sauvegarde, en un mot tout ce qu'on put accorder ou vendre aux habitants des villes et des campagnes, le fut moyennant des redevances en argent ou en denrées. Ces redevances remplacèrent presque partout les déprédations justicières et firent disparaître la forme de l'impôt romain.

105. C'était assurément un immense avantage pour le justiciable que de voir ses obligations réglées et limitées; cependant, en les convertissant en rentes fixes, il jetait à son insu le germe de sa

(1) Voy. ces coutumes, qui ont été dans la suite étendues à d'autres localités et ont généralement servi de modèle aux conventions de même nature, dans le *Traité du franc alleu*, de Galland.

spoliation à venir ; car à peine les seigneurs eurent-ils caché sous l'apparence des redevances nouvelles l'origine illégitime et violente de leurs possessions, qu'ils s'attachèrent de toutes leurs forces à intervertir le titre même de ces redevances et à les transformer en devoirs féodaux. De la sorte, ils rattachaient leurs droits à une cause légitime et généreuse, car le fief eut toujours ce caractère aux yeux des populations ; la concession censuelle ou féodale fut toujours le bénéfice, et un acte favorable dans l'opinion publique. En outre ils échappaient plus sûrement aux envahissements des agents royaux et aux règlements restrictifs de l'autorité royale, qui s'attaquait sans cesse aux droits d'origine justicière et respecta toujours plus religieusement les droits tenant au fief.

C'est surtout au quatorzième siècle que les interversions dans les droits seigneuriaux se manifestent ; on a vu qu'à cette époque les droits de garenne furent presque partout échangés pour des redevances auxquelles le caractère féodal fut supposé. Depuis saint Louis, le même travail se révèle constamment dans les chartes d'affranchissement, dans les établissements de communes, dans les transactions avec les habitants et manants, dans les partages et actes privés, dans les reconnaissances justicières, en un mot partout où la nature et le caractère d'une redevance put être constaté. Sans cesse les seigneurs justiciers et leurs agents s'efforcent de répudier l'origine de leur pouvoir et de rattacher à la supposition du fief tous les droits qu'ils exercent. De bonne ou de mauvaise foi, les feudistes se sont prêtés à ces efforts, et au dix-huitième siècle on ne reconnaissait guère le caractère de droits de justice qu'aux amendes de condamnation, aux règlements de police et à certains péages.

Cette observation sera d'une vérité sensible pour quiconque pourra parcourir des actes nombreux appartenant au régime féodal ; une fois averti de l'intention qui a pu en déterminer la forme, on la reconnaîtra facilement ; elle se révèle surtout dans l'usage suivi par tous les justiciers possesseurs en même temps de droits féodaux, de faire reconnaître leurs droits de justice dans les aveux relatifs aux fiefs, et réciproquement. La confusion y est telle, qu'il est devenu bien difficile de distinguer l'origine et la nature des obligations et des redevances ; il n'est donc pas éton-

nant que les feudistes du dix-huitième siècle, égarés par ces actes qu'ils avaient constamment sous les yeux, aient été conduits à penser que tous les droits seigneuriaux dérivaient du fief, et que les droits de justice, si réduits, si peu importants, n'ont pu servir de base à une institution séparée. Ils ne trouvaient pas dans les éléments qui lui restaient les matériaux suffisants d'un édifice existant par lui-même et sur ses propres fondements; ils en ont fait une annexe, une partie, un démembrement du fief.

Cependant ils n'ont pas tous commis cette erreur : Hévin, le plus véritablement instruit peut-être des origines féodales, a fait remarquer la tendance des seigneurs à convertir leurs droits de justice en droits de fiefs : « Les seigneurs justiciers, dit-il, faisaient ces interversions par des aliénations et par des dénombrements défectueux et infidèles, confirmés par le silence et la » négligence des officiers du duc (1). » Et ailleurs il en donne l'exemple suivant : « Les sergents féodés (justiciers inférieurs) » rançonnèrent les hommes de leurs établissements, d'abord sous » le nom de libéralité qu'on leur faisait de peur de recevoir pis... » Ces exactions passèrent en coutume. C'est l'origine des havages » et devoirs, comme il est très bien expliqué par la constitution » du duc Jean V... En sorte que, pour se rédimer de leur vexation, chaque laboureur était contraint de leur payer un boisseau de bled à l'aoust, à la vendange un jalon de vin, au commencement de l'année quelque monnaie pour étrennes... Toutes » lesquelles exactions ce bon duc défendit sur grosses peines... » Mais elles n'ont pas laissé de continuer, *et l'on a fait des rentes féodales de ces mauvais profits.* »

La falsification des titres relatant les droits des seigneurs est un fait que constatent non-seulement les jurisconsultes, tels qu'Imbert, Loyseau, Lalande, Legrand, mais encore les lois elles-mêmes; l'ordonnance de 1579, entre autres, enjoint d'informer contre ceux qui « de leur propre authorité, ont osté et » soubstrait les lettres, titres et autres enseignements de leurs » sujets... (art. 284.) » On verra plus tard que l'objet de ces

(1) Consultation dixième.

altérations était de transformer des droits de justice en droits de fief sur des terres appartenant aux communautés.

On peut remarquer dans les coutumes qu'à mesure qu'elles s'éloignent des temps primitifs, les droits de justice s'amoindrissent et ceux de fiefs s'accroissent; la maxime Nulle terre sans seigneur fit faire un progrès immense dans cette voie, en faisant passer, comme je le montrerai tout à l'heure, une règle de la justice dans les principes du fief. Mais, en même temps que la rédaction des coutumes sanctionnait la plupart des succès des seigneurs justiciers dans cette tendance, elle arrêtait leurs envahissements à venir en contatant l'état présent des doctrines; car si les codifications n'annulent pas le mouvement incessant du droit, elles l'entravent et le ralentissent. Ce que les coutumes rédigées déclaraient droit de justice demeura droit de justice, et le débiteur de la redevance put s'appuyer du texte de la loi pour défendre sa propriété contre la prétention du seigneur de s'en attribuer la directe. Mais les doctrines des feudistes ne cessèrent pas de marcher dans le système qui généralisait le fief, et l'attribution à la justice de certains droits devint à leurs yeux une contradiction inexplicable, comme on le verra particulièrement au paragraphe des amendes et confiscations.

106. Néanmoins, jusqu'au jour solennel qui les frappa de mort d'un seul coup, il y eut un seigneur justicier et un seigneur féodal, des droits de justice et des droits de fief. Des règles diverses continuèrent de constater la séparation radicale de ces deux institutions.

Les obligations féodales, véritables ou supposées, conservèrent toujours le caractère contractuel qui leur appartenait; issues d'un contrat, leur interprétation et le système de leur jurisprudence furent régis par les principes des contrats; tous les devoirs du vassal envers le seigneur, les engagements de celui-ci envers le premier, leurs droits respectifs sur la terre concédée, les difficultés d'exécution qui purent survenir, furent rattachés à la stipulation primitive et déterminés par les règles des conventions, telles que les retrace le Code civil qui les a recueillies.

J'ai déjà, dans une autre dissertation, résumé les règles du système féodal et les principes auxquels les feudistes deman-

daient la solution des différends qui pouvaient s'élever dans cette matière ; cet exposé suffira pour faire connaître l'ensemble et le caractère général des règles qui dominaient le régime du fief.

« Le fief est un contrat, disent en substance les feudistes coutumiers, ayant, comme toute convention, des conditions substantielles, naturelles et accidentelles : *Contractus feudi quædam ut aliorum omnium contractuum, substantialia esse, quædam naturalia, quædam accidentalia.*

» C'est l'ensemble de ces conditions qui forme le droit du fief, la loi qui le régit ; car les conventions sont naturellement la loi de ceux qui les ont faites.

» Ainsi, le véritable texte de la loi féodale, c'est l'acte constitutif du fief ; son esprit, c'est la volonté des contractants, volonté d'autant plus libre qu'au temps où le territoire se divisa de la sorte, aucune disposition dominante ou impérieuse n'était intervenue et n'avait imposé au contrat des règles, des définitions, des limites ou des bornes qui le fissent sortir comme d'un moule, en tout semblable aux contrats de même espèce.

» Que si le texte primitif s'est égaré, il faut y suppléer par les reconnaissances qui le remplacent ; à leur défaut, par l'exécution qu'il a reçue.

» Que s'il est obscur et incomplet, on doit l'interpréter par ce qui a été stipulé dans les fiefs émanés du même seigneur.

» Que si les conventions passées par celui-ci sont insuffisantes, il faut remonter aux conditions qu'il a reçues de son supérieur ; car il est naturel qu'il les ait également imposées à son inférieur.

» Que si les constitutions du fief principal ne contiennent pas la solution, il faut remonter à celles qui régissent la généralité des grands fiefs formant le droit commun entre eux, parce qu'ils émanent d'une source commune, le roi, souverain fieffeux du royaume.

» Que si, enfin, le droit du royaume est insuffisant, on peut consulter celui des pays voisins sur un contrat de même nature ou du moins de nature analogue, et aussi les constitutions féodales recueillies par les jurisconsultes étrangers, les maximes des censives et même celles des emphytéoses, telles qu'elles sont constatées et suivies.

» Telle est la règle générale d'interprétation et d'application du

droit des fiefs, issue d'une controverse à laquelle ont pris part tous les jurisconsultes des quinzième et seizième siècles qui se sont occupés de ces matières, résumée comme un principe acquis à la jurisprudence par Dumoulin et d'Argentré, reproduite enfin dans tous les écrits des feudistes.

» Cette règle fait clairement concevoir pourquoi les contrats ont été le lien naturel et premier du droit féodal et du droit romain. Lorsqu'on eut remonté jusqu'aux usages généraux des fiefs, la dernière ressource d'interprétation fut épuisée; il fallut bien en trouver une autre, et les jurisconsultes la cherchèrent dans les décisions de la loi romaine. Or, les questions féodales consistaient naturellement à savoir quelle étendue, quelles limites, quelle interprétation devait recevoir la convention; c'était sur les conventions, sur leurs effets, sur leurs suites naturelles que le droit romain devait être interrogé. « Quoique les fiefs, dit
» Hervé, ne nous viennent pas des Romains, les principes qu'ils
» nous ont transmis sur les conventions et les contrats ont néan-
» moins leur application à la concession en fief, puisque c'est un
» contrat (1). »

107. Autant le système des obligations issues du fief, ou rattachées à cette convention, fut régulier, rationnel et conforme à des principes de droit et de logique, autant la perception et l'usage des droits de justice furent bizarres, divers, incohérents et dénués de principes communs et généraux. Un fait immense dans cette matière et qui pourtant ne paraît pas avoir appelé l'attention des feudistes, c'est que, dans les volumineux recueils des chartes et des diplômes, on ne trouve pas un seul titre constitutif des droits de justice. Une multitude d'actes constatent la convention féodale; à chaque instant on rencontre des concessions bénéficiaires ou des recommandations ; là on trouve l'origine première du fief; on le voit naître et se former. Mais jamais on ne voit la justice prendre naissance et s'établir, ni les droits qui la constituent se créer et frapper pour la première fois,

(1) *Revue de législation*, t. 8, p. 170.

en vertu d'un titre légitime, des hommes qui n'y avaient pas encore été assujétis.

Tous les actes que contiennent les recueils et qui concernent les justices sont des concessions, des modifications, des suppressions de droits existants ; fréquemment, le possesseur d'une justice *omnimoda*, comte, duc ou baron, la démembre et confie à quelque vassal la portion ainsi démembrée ; mais cette portion n'établit pas des droits nouveaux ; une justice nouvelle semble apparaître, mais en réalité il ne s'en crée pas. C'est celle du comte qui se divise et va s'exercer séparément (1).

De la domination romaine aux lois de 1789, pas un droit nouveau ne s'élève qui ne doive son existence à la violence et ne soit tenu pour indû ; eu un mot, à quelque époque que l'on remonte, un droit de justice n'est reconnu pour légitime qu'autant qu'il est fondé sur la coutume et sur une possession immémoriale ; il semble que, pour être juste, il doive cacher son origine dans la nuit de l'oubli et la soustraire à la mémoire des hommes.

Ces considérations sont d'une grande puissance et reportent nécessairement la source des droits de justice aux règles écrites de la législation romaine ; ce n'est que là qu'on les voit se former et se constater ; même sous la domination des empereurs, la coutume semble encore la règle première de l'impôt, de son mode et de son étendue ; quoique la quotité en fût déterminée à des époques fixes et par des édits nouveaux, des textes font supposer que leur application cédait à des règles préexistantes, règles qui furent peut-être la condition primitive de la conquête et de l'assujétissement.

Ainsi, d'après la loi 4 *ff.*, *tit. De publicanis*, la coutume était la loi générale du tribut : *In omnibus vectigalibus, ferè consuetudo spectari solet ; idque etiam principalibus constitutionibus cavetur* ; et la loi 9 au même titre : *Earum rerum vectigal quarum nunquàm præstitum est, præstari non potest.*

Suivant la loi 7 *Cod.*, *De exactionibus tributorum*, l'usage

(1) Cette faculté même fut interdite de droit commun lorsque la royauté se fut attribué la haute direction et la constitution de la justice.

local devait être suivi tant pour le mode de perception que pour la quotité du tribut, *consuetudine servatâ*. Cujas, sur cette loi, fait observer que le Code de Théodose contenait la même règle, et que chaque propriétaire devait être exercé selon la coutume des lieux : *Omnes possessores secundùm consuetudines regionum.* Le titre *De censibus*, loi première, rattache également à la coutume le tribut individuel : *Ut quisquis se gravatum probaverit, suam tantùm pristinam professionem agnoscat.* La novelle 17, cap. 8, contient la même prescription en termes plus généraux : *Causa verò in nullo lædatur, et secundùm consuetudinem tributa solvantur et inferantur fisco.*

Nous arrivons, par ces textes, aux temps contemporains de la domination germaine, et déjà les impôts reçoivent le nom de coutumes : *Telonea et tributa appellantur consuetudines*, suivant Cassiodore (1). Ce nom et le principe de leur perception ne cesseront jamais de les signaler et de caractériser leur nature aux mains de ceux qui doivent en recueillir l'héritage.

108. Les monuments législatifs de la première race nous représentent les redevances à percevoir par les comtes, sous le nom de *census* et de *tributa*, comme immuables et ne pouvant être augmentées sans violation des droits du peuple, et excès de pouvoir de la part du roi lui-même.

Le maintien de l'impôt romain dans ses limites usuelles semble avoir été la condition de l'établissement des barbares, lorsque les circonstances les forcèrent à conclure des traités. Grégoire de Tours rapporte qu'après la mort du roi Clotaire, le peuple de Tours prêta serment à Charibert, mais que de son côté celui-ci s'engagea à ne rien changer à l'impôt : *Ille cum juramento promisit, ut leges consuetudinesque novas populo non infligeret, sed in illo quo quondàm sub patris dominatione statu vixerant, in ipso hic deinceps retineret* (2).

Le même historien raconte que Childebert avait envoyé des

(1) Cité par Ragueau, v° *Coutume*.

(2) Lib. 30, cap. 9.

missi dans le Poitou pour y percevoir l'impôt accoutumé, en faisant raison des innovations : *Ut scilicet populus censum, quem tempore patris reddiderat, factâ ratione innovaturæ, reddere deberet* (1). Je ferai voir plus loin que la condition de l'impôt n'avait pas changé ; je dois la montrer ici maintenue par la coutume. On lit dans le Code de Théodose, lib. 7, tit. 20, l. 4, que les mineurs étaient exempts de toute redevance, *quoniam imbecilli et debiles censibus non dedicantur* ; il en était de même des pauvres, suivant le Code de Justinien, lib. 11, tit. 48 : *Plebs urbana minimè in censibus conveniatur*. Grégoire de Tours considère l'application de l'impôt aux pauvres et aux mineurs comme une exaction illégitime : *Chilpericus rex de pauperibus et junioribus bannos jussit exigi ; non enim erat* CONSUETUDO *ut hi nullam exsolverent publicam functionem* (2).

Sous la seconde race, l'indication de la coutume comme la seule base légitime des redevances justicières se rencontre à chaque instant ; les efforts du législateur tendent constamment à retenir l'impôt perçu par les comtes dans les bornes du passé.

Un capitulaire de Pepin de l'an 789 porte : *Ut nullus comes nec junior eorum eos ampliùs non distringant nec inquietent ; nisi sicut à tempore Longobardorum eorum fuit consuetudo.*

Un autre capitulaire de 819 est ainsi conçu : *De injustis occasionibus et consuetudinibus noviter institutis, sicut sunt tributa et telonei .... ut auferantur. Antiquæ autem ad nostram notitiam deferantur* (3).

Capitulaire de 820, n° 4 : *Nolumus ut liber homo ad nostros broglios operari cogatur. Attamen de aliis publicis functionibus, quas solebant juxta antiquam consuetudinem facere, nemo se pro hâc causâ excuset.*

Ut ab ecclesiâ indebitas consuetudines et injustas exac-

(1) *Ibid.*
(2) Lib. 5, cap. 27.
(3) Baluze, t. 1, p. 615.

tiones de cætero non exactetis; sed sic eas conservetis sicut tempori avi et patris vestri conservatæ fuerint (1).

De teloneis placet nobis ità, ut antiqua et justa telonea à negotiatoribus exigantur.... nova verò, sive injusta.... non xigentur (2).

Cap. an. 803 : *Exenia verò quæ ecclesiis nobis noviter imposita sunt, amputanda, et non majora quàm consuetudo fuerat accipienda censemus.*

109. Le maintien du *statu quo* semble avoir été l'objet principal et le besoin le plus impérieux de cette époque si longue et si malheureuse ; les populations, en présence d'exactions sans cesse croissantes, exagérées, multipliées, n'osaient aspirer à autre chose qu'à l'interdiction des exigences nouvelles ; ce qu'avaient payé leurs pères, ce qu'ils croyaient avoir toujours été payé par eux, infortunées victimes des guerres et de la conquête, leur paraissait la juste peine du vaincu et la condition légitime de leur servitude. De leur côté, les comtes et les hommes puissants ne cherchaient qu'à conserver la position que l'intrigue ou la force leur avait acquise, avec tous les droits que l'usage et l'habitude y avaient attachés. Oppresseurs et opprimés, ce que redoutaient le plus les uns et les autres, c'était le nouveau ; pour ceux-ci c'était un accroissement de malheurs et d'exactions, pour les autres une altération de leur puissance absolue. Tous tendaient au maintien des choses dans leur état actuel, et Charles-le-Chauve répondait à ce vœu dans la proclamation que l'esprit public lui dictait :

Volumus vos scire quia secundùm consuetudinem antecessorum nostrorum consideravimus in hoc placito cum episcopis et cæteris fidelibus nostris de honore sanctæ Ecclesiæ et episcoporum ac cæterorum servorum dei, ut debitum honorem habeant, sicut tempore antecessorum nostrorùm habuerunt, et hominibus fidelibus nostris, unicuique in suo ordine,

(1) Baluze, t. 2, p. 21.
(2) Baluze, t. 1, p. 874.

legem et justitiam conservabimus, sicut eorum antecessores tempore antecessorum nostrorum habuerunt (1).

La coutume alors prit un empire immense ; tous les hommes, puissants ou faibles, l'invoquèrent et s'en firent un appui ; la coutume fut la loi, et la loi unique ; dans les actes de cette époque, *lex* et *consuetudo* sont synonymes, et c'est l'impôt, son mode et sa quotité que ces mots expriment : *Si homines illi*, dit une charte de Charlemagne réglant la justice d'un monastère, *ex judiciariâ causâ aliquid persolverint, quod nos* LEGES *vocamus, in tres partes dividetur, quarum duas præpositus et tertiam advocatus habebit* (2).

L'empereur Henri IV, réglant en 1061, comme l'avait fait Charlemagne dans l'acte précité, les droits de justice de *l'advocatus* d'un monastère, reproduit identiquement et les mêmes termes et les mêmes conditions : *Nullum autem servitium aliud jus, aut beneficium sibi pro hoc concedi recognoscat, nisi tertium bannum et consuetudinariam* JUSTITIAM ET LEGEM *quam cæteri advocati in liberis monasteriis habent super fures proterviam et censuales et cætera talia...* (3).

110. C'est à ce besoin impérieux du repos et du maintien, et à son impression puissante sur les idées de cette époque, que l'institution féodale, qui naquit et grandit au milieu d'elles, a dû son esprit si essentiellement stationnaire ; ce caractère natif ne lui a jamais failli.

Dès que les évènements, les efforts de la royauté nouvelle et les croisades eurent permis aux populations de compter avec leurs maîtres, elles ne demandèrent non plus que le règlement et la détermination précise de leurs obligations justicières ; on constata de part et d'autre les exactions dont les commencements échappaient à la mémoire des redevables ; on tint celles-là seulement pour légitimes ; les seigneurs consentirent à s'en contenter pour l'avenir ; les vilains se résignèrent à les payer ;

---

(1) Ann. 869, Baluze, 2, 215.

(2) Voy. Ducange, v° *Lex*.

(3) Hauteserre, *De ducibus*, p. 31 et 329.

les obligations et l'acte qui les contenait conservèrent leur nom caractéristique et furent appelés coutumes. « On appelle cou- » tume, disait Poullain au dix-huitième siècle, les droits et les » impositions, particulièrement celles qui étaient mises par les » seigneurs sur leurs hommes, appelés par cette raison hommes » coutumiers. »

Dans la langue féodale, l'homme coutumier, c'est l'homme de poeste, c'est le vilain, c'est le roturier, toutes expressions qui signifient le sujet du justicier, et le qualifient dans ses rapports de redevable envers lui (n° 130). Les coutumes sont les redevances justicières; c'est l'impôt romain enrichissant le seigneur et perçu à son profit. Depuis Cassiodore jusqu'aux derniers feudistes, le même mot servant à désigner les mêmes choses en conserve précieusement l'histoire et la généalogie.

Ajoutons que ce mot n'a pas cessé de signifier à la fois et l'obligation, et sa nature, et sa cause : l'obligation n'existe et n'est reconnue que parce qu'elle est coutume; si elle était nouvelle, elle n'existerait pas. Childebert, Charlemagne, saint Louis, maintiennent les forêts anciennes, mais ils interdisent les nouvelles : *Quòd noviter forestas aut garennas non instituant*, disaient les premiers; « Ostons et abattons les garennes établies » de nouveau, » disaient le second, son parlement et ses successeurs. Ainsi, dans tous les temps, les garennes sont des droits de justice, et dans tous les temps leur maintien ne peut reposer que sur une possession immémoriale (n[os] 38 et 39).

Le nom de coutume n'a jamais été proprement appliqué aux droits dérivant du fief; lorsque ces deux éléments de puissance étaient encore énergiquement distincts, il n'arrivait pas de les confondre sous ce rapport : *Tàm feodis, quàm consuetudinalibus justitiis*, dit l'historien du monastère de Saint-Gall (1).

La redevance féodale n'est pas la coutume, c'est l'obligation contractuelle; l'exercice peut servir à la constater, mais comme l'exécution sert d'interprétation à la convention, ou comme, dans les contrats, on doit suppléer ce qui est d'usage. De même aussi les droits de justice peuvent s'appuyer sur un titre, mais comme

---

(1) Cité par Poullain, sur la coutume de Bretagne, t. 1, p. 2.

la prescription s'appuie de la possession ou de la reconnaissance destinée à lui servir de preuve et à la remplacer.

111. Les droits de fief et de justice, distingués par leur cause, l'étaient encore, dans la pratique, par les formalités auxquelles leur exécution était assujétie.

Les uns et les autres autorisaient l'exigence d'aveux ou déclarations de la part des subordonnés, ayant pour objet de constater l'existence des droits et de ne pas les laisser tomber en péremption.

Comme féodal, le seigneur recevait la reconnaissance de tous les possesseurs de fiefs, contenant le détail et le dénombrement de la terre inféodée, des droits du seigneur et des obligations du vassal. Comme justicier, il pouvait obliger tous les habitants d'un territoire à reconnaître l'existence de sa justice et des droits qui s'y rattachaient.

Une différence essentielle caractérisait ces diverses déclarations : dans celle du fief, le déclarant, se qualifiant vassal, reconnaissait tenir la terre du seigneur et n'en avoir que le domaine utile; il faisait en outre la foi et l'hommage dont la forme est déterminée par un grand nombre de dispositions règlementaires; dans celle de la justice, le sujet déclarait seulement que ses possessions se trouvaient dans l'étendue de la juridiction.

La déclaration féodale était exigible des possesseurs de fiefs, et à toutes les mutations de vassal; celle de la justice devait être rendue par tous les hommes demeurant sur le territoire, possesseurs ou non, feudataires ou propriétaires d'alleux; le seigneur justicier n'y avait droit qu'une fois dans sa vie.

Je reviendrai tout à l'heure sur les aveux et déclarations, et je les examinerai plus amplement, sous le rapport de la propriété du fonds.

112. Deux sortes d'officiers étaient chargés de recueillir les devoirs de fiefs et les profits de justice; les uns et les autres nommés sergents : les premiers, obligés par la loi du fief, remplissaient à tour de rôle la charge de percevoir les rentes et devoirs féodaux, lesquels étaient portables de leur nature; cette fonction, comme condition du contrat féodal, était gratuite. Les

seconds, employés du justicier, préposés à l'exploitation de ses droits, étaient salariés par lui et n'avaient rien de commun ni avec le fief, ni avec les hommes du fief.

C'est ce qu'explique d'Argentré sur l'art. 32 de l'ancienne coutume de Bretagne, déjà mal compris par les praticiens de son temps : « Cet article, dit-il, parle des sergents, hommes et » sujets qui sont choisis en chacun bailliage d'an en an, au tour » et rang pour exploiter dedans le fief, ès causes domaniales, et » pour la cueillette des rentes, et s'en vont hors de charge au » bout de l'an et tiennent compte. Autre chose est des *jurisdic-* » *tionnaux* qu'ils appellent régulièrement généraux, qui ex- » ploitent par tout le territoire et en tous bailliages à exploiter, » concernant la jurisdiction seule (1). »

113. C'était par la voie de la saisie que les exacteurs romains contraignaient les débiteurs des cens fiscaux ou des autres redevances de même nature à l'accomplissement de leurs obligations : *Si impudenter solutio differatur, eorum prædia persequantur*, porte la loi 7, au Code, tit. *De exactoribus.*

C'était également en saisissant les biens et les possessions du redevable que les *judices* des deux premières races se faisaient payer de leurs droits de justice ; cette voie d'exécution s'exprimait par le mot *distringere* que l'on retrouve à chaque instant dans les actes de ces époques, et notamment dans un texte déjà transcrit et expliqué plus haut : *Liceat illi eos distringere ad justitias faciendas.*

C'est à cette faculté que se rapporte la qualification de *districtus*, appliquée tantôt au pouvoir du justicier, tantôt au territoire où il s'exerce.

Ce fut enfin par voie de saisie que les justiciers des temps féodaux forçaient les hommes de poeste au paiement du cens et à l'exécution de leurs obligations coutumières : *Justitiarius*, dit Faber, *in Inst.*, *De interdict.*, § *Retinendæ*, *posuit ad manum suam aliquam rem sibi subjectam ratione justitiæ, sicut totâ die faciunt justitiarii regni Franciæ.*

(1) Ce passage est en français dans le commentateur.

Le lien qui rattache la saisie justicière à la législation romaine se révèle dans la forme qui lui est demeurée propre ; originairement le défaut de paiement du cens faisait perdre la propriété de la terre, suivant la maxime déjà ancienne au temps de Charles-le-Chauve : *Juxta legale et antiquum dictum, qui negligit censum perdat agrum* (1). La rigueur de cette exécution s'adoucit avec le temps, et le défaut de paiement du cens ne donna plus lieu qu'à une amende et à la saisie des fruits non récoltés.

Mais le *judex* romain manifestait sa saisie par l'apposition sur le champ du redevable d'un drapeau qui lui servait de signe : *Velum regium sive imperatoris*. Cette formalité se conserva dans les usages barbares, ainsi que l'atteste la loi des Lombards, lib. 1, tit. 17, § 8, où le *velum* est désigné sous le nom de *wifa* ou *gaiffa*. Aux temps féodaux, le même signe devint le *brandeum*, que Ducange définit ainsi : *Velum seu brandeum quod prædiis obsignatis apponitur*.

L'usage du brandon comme indice de saisie justicière est prouvé par le passage suivant, extrait d'un arrêt des *Olim* de l'an 1275 : *Decanus nivernensis condemnatus fuit ad emendandum dicto comiti quod debrandonaverit domum suam in justitiâ comitis sitam, quam comes brandonaverat.* Enfin Brodeau nous apprend la persistance de cette coutume, en disant, sur l'art. 74 de la coutume de Paris, n° 35 :

« Le brandon est le signe et la marque élevée sur un bâton
» piqué et fiché en terre, comme d'un bouchon de paille, d'une
» torche d'herbes ou de rameaux d'arbres, ou d'un morceau
» de linge ou de drap, selon l'usage de la province, qui dénote
» que les fruits pendants par les racines sur l'héritage chargé et
» redevable du *cens* sont saisis, empêchés et arrêtés à la requête
» du seigneur censier pour les arrérages dudit cens (2). »

Les justiciers ont souvent prétendu que leur droit de saisir résultait d'un droit primitif de propriété ; cette déduction n'était rien moins que fondée ; l'historique de la procédure particulière

(1) Cap. 846, Baluze, t. 1, p. 37, n° 63.

(2) Voy., pour plus de détails, les *Dissertations féodales* d'Henrion de Pansey, v° *Cens*, § 37.

à leur saisie en fait en même temps reconnaître et l'origine et la nature. Le *judex* romain ni le comte barbare n'étaient propriétaires du sol soumis à leur exercice; l'appréhension qu'ils en faisaient n'était pas la preuve de leur droit de propriété et n'en dérivait point; c'était un moyen de contrainte et rien de plus. Il est évident que dans les mains du justicier, la saisie n'a point un autre caractère, ni une autre cause.

Il suffit, pour s'en convaincre, de rapprocher la saisie censuelle de la saisie féodale et de la commise. Lorsque les obligations du vassal n'étaient pas remplies, soit par désaveu ou félonie, soit pour devoirs non faits et refus d'accomplir les services féodaux, le fief rentrait aux mains du seigneur dominant; dans le premier cas, l'appréhension s'opérait par voie de commise (1), dans le second, par voie de saisie féodale. La commise emportait une appropriation perpétuelle; la saisie, une mainmise temporaire et révocable.

Ainsi, tandis que la saisie censuelle ne porte que sur les fruits et n'est en définitive qu'un moyen d'avoir paiement, la saisie féodale est la résolution du contrat de fief, et par suite le retour du domaine utile aux mains du propriétaire de la directe. Cette réunion reçoit le nom et a le caractère d'une consolidation; le démembrement du *dominium plenum* cesse, et le droit du vassal s'évanouit. Rien de semblable ne s'opère dans la saisie du justicier; cette considération rend sensible le défaut de droit de celui-ci à la propriété du fonds, et en même temps sépare distinctement le droit de fief du droit de justice.

(1) Voy. plus bas, n° 218, l'examen de la commise.

CHAPITRE VI.

DES DROITS DE FIEF ET DES DROITS DE JUSTICE RELATIVEMENT AUX PERSONNES.

§ Ier.

DES HIÉRARCHIES JUSTICIÈRES ET FÉODALES.

SOMMAIRE.

114. Fonctions des *judices* sous la domination romaine.
115. Temps féodaux : *justitiarii*, *judices*, *comites*, ducs, comtes, viguiers.
116. Des *judices* publics et de leurs diverses espèces.
117. Des *missi dominici* et des chevaliers errants.
118. Des *judices privati ;* leur hiérarchie.
119. De leurs droits et de leurs fonctions.
120. Du *bannus* et du pouvoir de le conférer.
121. Des immunités.
122. Usurpation et émancipation des *judices privati*. — Leurs dénominations dans les temps seigneuriaux.
123. De la hiérarchie féodale ; du *senior* ou seigneur.
124. Des vassaux, chevaliers, vavasseurs, barons.
125. Hiérarchie des justices inféodées.
126. Caractère distinctif de ces justices.
127. Conditions particulières de leur inféodation.
128. Insuffisance et inexactitude des classifications de la justice.

114. Le seigneur justicier, dont le droit et l'existence ont été supprimés en 1790, remonte, par une généalogie non interrompue et très facile à suivre, jusqu'au *judex* des Codes de Théodose et de Justinien.

Sous l'administration romaine, le recouvrement de l'impôt se faisait par l'exercice d'employés nommés *inspectores*, *censitores*, *descriptores*, *peræquatores*, dont la mission était de régler l'établissement, de faire droit aux réclamations et de déterminer la quotité de la perception.

En même temps ils étaient chargés d'une partie de l'administration civile et militaire; la surveillance et l'exécution de la justice entraient également dans leurs attributions.

La considération principale demeurait l'exploitation du tribut; souvent ils le prenaient à ferme et dans ce cas ils le percevaient pour leur compte. L'objet de ces fonctions, et ce qui en faisait surtout pour le plus grand nombre un but d'intrigues et d'ambition, c'était l'abus, l'exaction, la concussion et les mille moyens d'extorsion imaginés par l'avidité des publicains.

Il faut voir dans les écrivains contemporains, depuis Cicéron jusqu'à la destruction de l'empire d'Occident, la part immense que prit l'administration de ces officiers à la dépopulation des Gaules et à leur conversion en solitudes désolées. J'aurai plus tard l'occasion d'en parler plus amplement.

Les administrateurs provinciaux étaient compris sous le nom générique de *judices;* on peut en voir les diverses espèces aux titres 45 et suiv. du liv. 1er du Code de Justinien. *Judices*, dit Cujas, sur la loi 11, tit. 16, liv. 10, de ce Code, *id est præsides quorum munus est tributorum exactioni incumbere.* Il est à remarquer que la signification première du mot *judex* dans la langue romaine administrative a été celle de publicain (1).

---

(1) Voy. Laboulaye, *Lois criminelles des Romains*, p. 222.

Le *judex* remplissait en effet les fonctions de juge à l'égard de l'impôt, en ce qu'il faisait droit aux réclamations; il faisait connaître la loi, *dicebat legem*, et déterminait ainsi les obligations ou les exemptions des contribuables; en outre, il intervenait entre le délégataire ou *honoratus* et le débiteur des *annonæ* ou *capita*, pour fixer le montant des exigences et des fournitures.

Il est évident que c'est du nom et de la fonction du *judex* que l'ensemble des tributs et redevances de même nature a reçu la qualification de *justitiæ*. Les *judices* étaient également nommés *agentes* ou *exactores;* de là est venu pour les justices le nom équipollent et presque aussi usité d'*actiones* ou *exactiones*.

Les *judices* romains étaient particulièrement les comtes, *comites*, les centeniers, *centenarii*, les dizainiers, *decenarii*; leurs employés prenaient le titre d'*advocati*. Tous ces fonctionnaires recevaient une part d'émoluments en nature d'impôts, ainsi que je l'ai déjà expliqué, nº 69.

115. Sous les deux premières races, les percepteurs et possesseurs des *justitiæ* se nomment également *judices;* c'est leur dénomination générique, et ce terme se rencontre à chaque instant dans les capitulaires.

Les *judices* étaient de deux espèces, publics ou privés. Cette distinction est fort importante et a été peu remarquée.

Les justiciers publics étaient chargés des mêmes fonctions que les justiciers romains; c'est-à-dire que l'objet principal de leur charge était le recouvrement de l'impôt; j'ai déjà établi ce point suffisamment.

Les noms particuliers de ces *judices* étaient ceux de *comites*, *duces*, *patricii*, *vicarii*, *centenarii*, *tribuni*.

On lit dans la loi des Ripuaires, tit. 55 : *Si quis judicem fiscalem quem* COMITEM *vocant*, *interfecerit*. La dénomination de comte semble avoir été celle de l'officier revêtu de la plénitude de la puissance justicière. Dans la langue germaine, les qualifications équipollentes à celle de comte comprenaient les mêmes fonctions, par exemple, celle de *grafio* que Ducange explique ainsi : *Grafio à saxonico grave, judex. Legg. Edwardi Confess.*, c. 85 : *Grave quoque nomen potestatis, Latinorum linguâ ni-*

hil expressiùs sonat quàm præfecturæ. Apud saxones gerefen, rapere; quòd judex scilicet idem erat qui exactor.

Les *comites* et *judices* ont, plus tard, reçu la dénomination de *justitiarii* par une réaction logique de l'objet de leur action, *justitia ;* c'est la définition de Ducange : *Justitiarius, judex :* Ingulfus, p. 870 : *Præfectos verò provinciarum in duo officia divisit, in judices quos nunc justitiarios vocamus, et in vicecomites qui adhuc nomen retinent.*

Dans les temps féodaux, le *justitiarius* des ouvrages de droit écrits en latin était le *justicier* ou seigneur justicier du droit écrit en langue vulgaire. Balde, Boyer, Jean Faber, les historiens et les jurisconsultes normands, non-seulement emploient constamment cette expression, mais encore ils s'en servent pour distinguer le seigneur justicier du seigneur féodal.

Les *duces* sont devenus les ducs, les *comites* les comtes, les *vicarii* les viguiers ou voyers; les *centenarii* ont disparu. Les ducs, comtes et viguiers ont été des justiciers, c'est-à-dire possesseurs de la justice sous le régime féodal, comme dans les institutions précédentes. La même hiérarchie s'est continuée; la compétence et l'autorité des *comites* se retrouvent très exactement aux mains des comtes, sous la dénomination de haute justice; celle des *vicarii* a formé la basse justice et s'est maintenue dans la possession du viguier où parfois elle a pris le nom de viguerie, comme la puissance du *vicarius* s'était appelée *vicaria.*

116. Il existait deux classes de justiciers publics; ces deux classes répondent à deux moyens de pillage et à deux catégories de déprédateurs ; déjà sans doute cette double cause de misère et de calamité pesait sur les populations sous l'organisation démantelée du régime romain. Elle ne fit que s'accroître et se développer dans les désordres de l'invasion barbare. On ne doit pas perdre de vue l'étymologie caractéristique du nom du comte germain, *grafio*, que les lois d'Édouard font dériver du saxon *gerefen, rapere.*

Il résulte de plusieurs textes que, dans l'origine de l'établissement des barbares, les chefs de bandes s'installaient à leur gré ou en vertu d'un ordre quelconque dans une localité inoccupée

par un de leurs égaux, et là, ils percevaient tout ce que les Romains leurs prédécesseurs y prélevaient. Ceux-ci étaient dits *commanere*; les habitants prenaient le nom d'*hospites*, à raison de l'hospitalité forcée qu'ils leur donnaient, ou plutôt du mot *hospitatura* qui désignait, dans la langue fiscale, l'obligation de recevoir et de nourrir les militaires. Ce titre d'*hospites* s'est perpétué, et les hommes soumis à la puissance justicière l'ont conservé jusque dans les temps féodaux sous la dénomination d'*hostes*.

D'autres chefs barbares parcouraient les provinces, exigeant les redevances fiscales partout où ils passaient et faisant leur profit des fournitures auxquelles les habitants étaient assujétis envers les officiers romains, dans leurs tournées administratives ou dans leurs voyages militaires. Ces fournitures s'appellent sous la domination romaine, comme dans les lois barbares et dans les usages féodaux, *angariæ*, *parangariæ*, *veredi*, *paraveredi*, *pastus*, etc., et ont le même objet, savoir, les moyens de transport, le logement, la nourriture; c'était une cause terrible de pillagè et de vexations. Les *judices* romains, barbares et féodaux, faisaient de leur position absolument les mêmes abus, gardant les chevaux et les chariots fournis par les redevables, séjournant au delà du temps nécessaire et parfois s'établissant à poste fixe dans les maisons de ceux qui leur devaient le logement, exagérant les fournitures nécessaires à leurs aliments et exigeant à leur place des objets de toute nature et jusqu'à des terres et des maisons.

Les *commanentes* devinrent les justiciers sédentaires lorsque le gouvernement nouveau se régularisa; les chefs errants furent les *missi dominici* dont les fonctions consistaient à parcourir les provinces pour inspecter et redresser l'administration locale des justiciers, assurer l'exacte justice et surtout faire rentrer aux mains du roi la part qui lui appartenait dans les redevances perçues par les comtes et les vicaires.

Les capitulaires contiennent de fréquents règlements contre les abus énormes que les *missi* faisaient de leurs fonctions; la formule 11 de Marculphe contient le détail curieux des objets que doit exiger le porteur d'une lettre de logement (*tractatoria*); assurément le passage d'un personnage aussi dévorant dut ruiner

plus d'une fois le justiciable qu'il avait pour mission de protéger. Plus il était élevé en dignité, plus sa suite était nombreuse, et par conséquent plus les fournitures étaient considérables. Je transcrirai cette formule en parlant des droits qui l'ont remplacée.

Les textes des capitulaires font une mention très fréquente des *missi dominici*. Ces officiers sont chargés de contrôler l'administration des *judices* sédentaires ; de recevoir d'eux la part d'impôt revenant au roi ; de s'assurer de l'exactitude et de la régularité de leur perception. Dans une multitude de dispositions, le roi recommande à leurs soins la justice, *justitia*, des veuves, des orphelins et des faibles (1).

117. Sous les rois puissants, et notamment sous Charlemagne, l'emploi des *missi dominici* fut un moyen de gouvernement ; mais sous les rois faibles ce ne fut qu'un prétexte d'abus et de déprédations. Le *missus* parcourait les provinces, le plus souvent

---

(1) Ces textes emploient le mot *justitia* dans plusieurs acceptions, et, en conséquence, recommandent aux *missi* le soin des faibles sous plusieurs rapports : 1° pour leur faire rendre justice dans le sens propre du terme ; 2° pour leur faire toucher les redevances justicières auxquelles ils ont droit, soit comme *honorati*, soit comme enfants ou veuves d'officiers publics ; 3° pour réduire les exactions qui sont exigées d'eux aux proportions voulues par la loi fiscale. Ce dernier objet est très clairement expliqué par un passage de Grégoire de Tours, que les historiens ont mal traduit, faute d'avoir en présentes à l'esprit les diverses significations du mot *justitia*. Le Code de Théodose, lib. 7, tit. 20, l. 4, suppose, en effet, l'exemption des mineurs et personnes incapables : *Imbecilli et debiles censibus non dedicantur*. Cette règle se maintint, comme tout ce qui tenait à l'impôt conservé seulement par coutume, sous les rois barbares (n° 108) ; c'est ainsi qu'on lit dans Grégoire de Tours que Childebert envoya des *missi* dans le Poitou pour y rectifier les registres des recensés, parce que plusieurs étant morts et les livres n'ayant pas été changés, leurs veuves et leurs enfants acquittaient leur cens qu'ils ne devaient pas : *Multi enim ex his defuncti erant ; et ob hoc viduis, orphanisque ac debilibus tributi pondus insederat. Quòd hi (missi) discutientes per ordinem, relaxantes pauperes ac infirmos illos, quos justitiæ conditio tributarios dabat, censu publico subdiderunt.* Lib. 9, cap. 30. *Justitiæ conditio* doit être traduit par ces mots : « les conditions de l'impôt » ; et non par ceux-ci : « selon » l'équité, » comme l'a fait Lehuérou, *Institutions mérovingiennes*, p. 289.

accompagné de militaires, *juniores* ou *ministri*, à l'aide desquels il pillait impunément les localités qu'il traversait. Les chefs de provinces et les comtes eux-mêmes eurent leur *missi* comme les rois. On verra tout-à-l'heure que les moines eux-mêmes avaient les leurs. Ce fut pour les premiers un moyen de satisfaire aux sollicitations et de s'acquérir des vassaux, lorsque toutes les justices furent distribuées.

L'arrivée d'un *missus* était pour le justicier local une heureuse occasion d'exactions nouvelles; chargé de préparer toutes les fournitures imposées aux redevables, il les exagérait. Le malheureux désigné pour les faire n'avait pas le plus souvent les objets énumérés dans la lettre de logement : le cumin, le poivre, le baume, les dattes, les pistaches, les amandes, et autres épiceries dont le nom ne se trouve pas dans les dictionnaires modernes, et qui ne figuraient évidemment dans l'ordre que pour être converties en argent, ce que le comte ne manquait pas d'exiger. Le texte suivant manifeste l'abus en cherchant à le réprimer ; il a pour objet d'interdire au comte l'exaction préalable des services et fournitures que le *missus* devait recevoir : *Ut non per aliquam occasionem, nec pro wactâ, nec de scarâ, nec de wardâ, nec pro heribergare, nec pro alio banno heribannum comes exactare præsumat, nisi missus noster priùs heribannum ad partem nostram recipiat et ei suam tertiam partem exindè per jussionem nostram donet ; ipsum verò heribannum non exactetur* NEQUE IN TERRIS, NEQUE MANCIPIIS, *sed in auro et argento, pannis atque armis et animalibus atque pecudibus, sive talibus speciebus quæ ad utilitatem pertinent* (1).

Les *missi dominici* ont disparu dans la hiérarchie justicière des temps coutumiers ; après la chute du gouvernement central, ils sont devenus les chevaliers errants des 11 et 12e siècles, et la source de cette multitude de chefs de bandes sans terre et sans domaine, qui causèrent plus de mal aux populations que les justiciers sédentaires. Les historiens en rappellent à chaque instant l'existence ; je n'aurai plus à en parler, et je saisis cette occasion de rappeler, comme caractéristique des mi-

(1) Car. Mag., leg. Long. 128.

sères féodales, leur persistance jusqu'à une époque assez avancée. Encore au temps de saint Louis, les nobles et les officiers du roi parcouraient à main armée les terres des seigneurs absents ou trop faibles pour défendre leurs sujets, et les grevaient de contributions, sans qu'il y eût pour cela guerre entre eux et les propriétaires des terres envahies. Joinville, l'ami et le compagnon de saint Louis, nous apprend que, pendant qu'il combattait auprès du roi dans les plaines de l'Égypte, les officiers de celui-ci avaient ruiné ses sujets par leurs exactions, et ce fut la cause du refus qu'il fit de prendre part à la croisade où le roi périt.

« Moi, dit-il, je leur répondis que tandis que j'avois été oultre-» mer au service de Dieu, que les gens et officiers du roi de » France avoient trop grevé et foulé mes subgectz, tant qu'ils en » étoient apovris; tellement que jamais il ne seroit que eux et » moi ne nous en santissions. Et vois clèrement, si je me mestois » au pellerinage de la croix, que ce seroit la totale destruction » de mes dits povres subgectz (1). »

Il ne faut pas oublier ces désastreuses explorations si l'on veut acquérir une idée exacte de ce que pouvait être le droit de ces malheureuses époques; leur souvenir expliquera plus d'un terme de la langue seigneuriale; elles seules peuvent faire comprendre et la nature et la cause des guerres privées, les droits d'ost et de chevauchée, les *melleiæ* et *cavalcatæ* des *Olim*, et par dessus toutes choses la haine des populations pour les auteurs de ces chevaleresques expéditions.

Ce sont aussi ces désastreux voyages qui donneront l'intelligence des droits de gîte, de past, de charrois, de chevaux de service, que les justiciers sédentaires se sont appropriés, ou qu'ils ont convertis en redevances pécuniaires, lorsque la police royale eut supprimé les traces des *missi dominici*. Je dois entrer plus tard dans d'intéressants détails à cet égard.

118. De nombreux textes de la deuxième race supposent qu'il

(1) T. 2, p. 158, des Mémoires de Joinville, édition de Londres.

existait des justiciers particuliers, *judices privati*; c'est ce qui résulte de l'emploi fréquent de la désignation de *judices publici*, et plus précisément encore des termes mêmes de *judex privatus*, qui se trouvent dans plusieurs passages et notamment dans une charte citée par Bignon : *Ut ab omnibus optimatibus nostris et judicibus publicis ac privatis...* (1).

Ces *judices privati* portent les noms spéciaux de *vice-domini*, *præpositi*, *majores*, *villici*, *villicarii*.

On aperçoit déjà une hiérarchie différente de celle qui constitue le corps des *judices publici*, savoir, les *comites*, *vice-comites*, *vicarii*. Aussi, la valeur des noms n'est pas la même. Le *vicarius*, ou *vice-comes*, est le lieutenant du comte, le *vice-dominus* est celui du propriétaire, *dominus*.

Le célèbre capitulaire *De villis* est un règlement d'administration privée ; Charlemagne y ordonne la gestion de ses immenses propriétés particulières. C'est à ses *judices* qu'il adresse ses ordres; ce sont des *judices privati*. On peut étudier dans ce document le caractère de cette espèce d'officiers et l'abus qu'ils tendaient à faire de leur pouvoir sur les hommes du prince. Ces *judices* sont ainsi dénommés: *Majores nostri*, *forestarii*, *poledrarii*, *cellularii*, *decani*, *telonarii* (2).

119. J'ai déjà fait observer que lorsque les redevances justicières étaient données à un particulier, ou à l'Église, à titre d'*honor*, elles perdaient le caractère de revenu public, et prenaient celui de possession particulière; elles cessaient de faire partie du fisc royal, et devenaient un élément de la fortune privée. Mais, à l'égard du débiteur, elles ne changeaient pas de nature : ce n'en était pas moins le tribut du vaincu; peu importait à celui-ci que sa dépouille tombât dans le trésor du roi, du comte ou de l'*honoratus*, c'était toujours à ses yeux et en réalité *l'exactio*, *tributum*, *vexationum genus*. Par conséquent, rien n'était modifié dans sa position: le recouvrement, assis sur la même cause, devait reposer sur le même moyen et exigeait la même puissance.

---

(1) Baluze, t. 2, p. 878.

(2) Baluze, t. 1, p. 333, n° 10.

Cette nécessité a donné lieu à une règle des plus fécondes du droit barbare, et dont la trace se fait longtemps apercevoir dans le droit féodal.

Dans les principes de la législation romaine, tout délégataire de l'impôt, non revêtu de la fonction même de *judex*, ne pouvait l'exiger directement du contribuable désigné pour le fournir. Un grand nombre de textes rappellent cette loi générale: la loi 7, tit. 19, lib. 10, du Code Justinien, interdit aux militaires à qui les *annonæ* sont déléguées, de se faire payer eux-mêmes du propriétaire: *Nihil his cum possessore commune; cui non militem sed exactorem convenit imminere.* Dans la loi 10, tit. 40, liv. 1, l'empereur fait la même recommandation au comte des largesses sacrées à l'égard des officiers de son palais: *Nullum palatinis cum provincialibus volumus esse commercium; sed judices scire debent hoc sibi præcipuè esse commissum, ut ipsi à provincialibus exigant et consueta deposcant.*

C'est en considération de cette règle générale que Joannis de Janua définit le *censualis*, *judex* romain: *officialis qui censum* EXIGIT *provincialem et* QUI DAT *illum* (1).

Nous allons retrouver cette même condition dans le texte très célèbre d'un capitulaire de 615, et sur lequel les interprètes sont loin d'être d'accord.

Ce capitulaire, entre autres dispositions, détermine les conditions à exiger d'un *judex*, soit public, soit privé; le prince parle d'abord du justicier public, et il établit cette règle générale: Art. 12. *Ut nullus judex de aliis regionibus in alia loca ordinetur; ut si aliquid mali de quibuslibet* CONDITIONIBUS *perpetraverit, de suis propriis rebus exindè quod malè abstulerit juxta* LEGIS *ordinem debeat restituere* (2).

Nous connaissons déjà la valeur des expressions de ce texte, et nous savons qu'il s'agit ici de malversations dans la perception de l'impôt; les mots *lex* et *conditio* ne laissent aucun doute sur ce point (3). C'est pour assurer les restitutions de ce qui aurait

(1) Cité par Ducange, v° *Census*.

(2) Baluze, t. 1, p. 22.

(3) *Conditio*, dit Ducange, *tributum... eos conditionibus aut angariis subdens*. Pour le mot *lex*, voyez plus haut n° 109.

été illégalement perçu que les *judices* devront être propriétaires dans le territoire soumis à leur exercice.

La même recommandation est adressée aux évêques et autres puissants à l'égard des justiciers privés dont ils ont le choix : Art. 19. *Episcopi verò vel potentes qui in aliis possident regionibus, judices vel missos discussores de aliis provinciis non instituant, nisi de loco*, QUI JUSTITIAM PERCIPIANT ET ALIIS REDDANT.

Montesquieu, et après lui les historiens et les savants qui ont partagé son système sur les justices seigneuriales, ont fait de grands efforts pour trouver dans ce texte la preuve d'une juridiction privée exercée par les juges des évêques et des hommes puissants; je n'examine pas ici l'existence de cette juridiction, dont je parlerai plus tard, mais je ferai seulement observer que le passage sustranscrit est absolument étranger à l'action de la justice, en tant que droit de juger. *Justitia* signifie, dans ce texte, l'ensemble des redevances que les *judices* doivent recueillir et livrer à chacun de ceux qui ont droit aux profits justiciers.

Il est évident que le *judex* qui, dans le capitulaire, *justitiam percipit et aliis reddit*, est le même officier et exerce la même fonction que le *censualis* défini tout à l'heure, *qui censum exigit et qui dat illum*.

Si de ces maximes romaines et barbares nous arrivons aux règles coutumières, nous retrouvons la même interdiction au délégataire ou possesseur du cens de l'exiger lui-même du censitaire. Ducange, v° *Census*, fait mention d'une ancienne coutume qui porte : « En la terre l'évêque, là où il a bal, justiche et toute » seigneurie, nul ne peut justicier son censel, fors par le prévost » de l'évêque. » Le prévôt c'est encore le *judex* devenu le justicier ; ses fonctions sont les mêmes et son intervention également nécessaire.

Les écrivains qui ont expliqué *justitia* par justice ont oublié la règle romaine et la règle coutumière ; leur souvenir eût expliqué la règle intermédiaire qui lie l'une à l'autre.

L'art. 19 du capitulaire ne doit pas être séparé de l'art. 12, et moins encore de l'art. 20 qui en fait encore mieux connaître l'objet en disant : *Agentes igitur episcoporum aut potentum per potestatem nullius rei collecta solatia nec auferant.* Le mot *igitur* rattache cet article au précédent qui dès lors a nécessairement

le même objet; or, les *collecta solatia* qu'il est interdit aux *agentes* d'exiger, ce sont ces exactions illégitimes que nous retrouverons plus tard parmi les droits de justice seigneuriale, sous le nom de tailles et d'aides coutumières (1).

120. En général, les délégataires et les *honorati* étaient desservis de leurs droits par l'office du *judex publicus*; mais lorsque l'*honor* concédé fut considérable et suffisant pour occuper un ou plusieurs *agentes*, le concessionnaire s'efforça d'en obtenir la nomination, afin de les tenir sous sa dépendance. Désigné par l'*honoratus* ou par le roi, le *judex privatus* dut nécessairement être revêtu du pouvoir en vertu duquel les hommes soumis aux redevances pouvaient être contraints; ce pouvoir consistait dans le *bannus*, que le roi conférait au *judex*. Toute résistance aux injonctions munies du *bannus*, était punie d'une amende plus ou moins considérable suivant la puissance de celui qui s'en servait : *Ut bannus quem per semetipsum domnus imperator bannivit* 60 *solidos solvatur. Cæteri verò banni quos comites et judices faciunt, secundùm legem uniuscujusque componantur* (2).

Le droit de ban est le moyen d'exécution de toutes les obligations justicières : ce caractère essentiel de tout pouvoir justicier n'a pas cessé de l'être tant que les justices seigneuriales ont vécu.

C'est par l'interdiction du ban que les Établissements de saint Louis expriment la puissance souveraine et indépendante de tout justicier dans son territoire : « Bers si a toute justice en sa » terre; ni li roi ne peut mettre ban en la terre au baron sans » son assentement, ni li bers ne peut mettre ban en la terre au » vavassor (3). »

« Un des attributs les plus essentiels de la haute justice, dit » Hévin, était le droit de faire des bans ou bannies... Encore » aujourd'hui le droit de faire bans ou bannies est en Bretagne

(1) Ducange, v^is *Collecta* et *Solatium*.
(2) Cap. Kar. Magn. 814; Baluze, t. 1, p. 520, 57.
(3) Établ. de saint Louis, liv. 2, ch. 15.

» un attribut de haute justice, comme il résulte des art. 47 et
» 269 et de la note de M. d'Argentré (1). »

On trouve fréquemment dans les recueils de chartes des concessions d'*honores* dans lesquelles le droit de choisir le *judex* est attribué à l'*honoratus*; en voici un exemple tiré de la vie de saint Éloi :

Pro reverentiâ sancti Martini, Eligio rogante, Dagobertus rex illi ecclesiæ CENSUM OMNEM QUI FISCO SOLVEBATUR *ex toto condonavit. Atque ab eo tempore omne jus fiscalis census ecclesia sibi vindicat et usque in præsens in câdem urbe* PER PONTIFICIS LITTERAS COMES INSTITUIT (2).

Mais cette faculté n'entraînait pas de plein droit celle de conférer le pouvoir d'exécution ; il fallait qu'elle fût expresse, comme dans les deux exemples suivants :

... *Comitatum Camerensem in proprium donavimus, præcipientes ut... episcopus, suique successores liberam dehinc habeant potestatem eumdem comitatum in usum ecclesiæ supradictæ tenendi*, COMITEM ELIGENDI, BANNOS HABENDI....(3).

... *In quâdam proprietate sanctæ Cameracensis... in loco quod situm est in... comitatu Arnulfi comitis... merchatum, monetam, teloneum, bannum cum totâ publicâ functione in proprium concedimus sanctæ Cameracensi ecclesiæ tali tenore ut nullus dux, marchio sive comes, sive aliquis homo ullam potestatem habeat...* (4).

121. Les *honorati* et autres possesseurs de tributs cherchèrent naturellement à réunir au droit de choisir leurs juges privés celui de leur conférer le droit de *bannum*. Cette faculté devint à peu près la condition générale des concessions faites aux établissements ecclésiastiques, et notamment de celles qui avaient pour objet l'immunité.

---

(1) *Questions féodales*, p. 201.

(2) Cité par Dubos, t. 2, p. 567.

(3) Diplôme de Henri II (1007), cité par Laboulaye, *Droit de propriété*, p. 331.

(4) *Ibid.*, note 1, diplôme d'Othon III.

Les concessions d'immunités sont très fréquentes. Sous les deux premières races, elles émanent directement du roi; sous la troisième, elles sont consenties par les chefs de provinces ou de comtés. L'immunité consistait dans l'interdiction à tout juge public de s'introduire, pour percevoir les redevances justicières, dans les possessions de l'impétrant auquel ces redevances étaient attribuées.

Comme on le voit, l'immunité ne profitait aucunement aux redevables; elle ne faisait cesser ni le cens, ni aucune des obligations fiscales. L'immune devenait propriétaire des impôts qui se percevaient dans ses propriétés, comme l'*honoratus* des droits du fisc sur des possessions étrangères. En un mot, l'immunité avait pour effet d'attribuer à l'immuniste l'*honor* de ses biens, avec le choix ou la désignation de ses *judices*.

Une formule de Marculphe, I, 3, donne de l'immunité le protocole suivant :

« Ut nullus judex publicus..... non præsumat ingredere....
» Neque vos, neque juniores, neque publica judiciaria potestas,
» quoque tempore in villas ipsius ecclesiæ.... aut ad audiendum
» altercationes ingredere, aut freda de quaslibet causas exigere,
» aut mansiones, aut paratas, vel fidejussores tollere non præsu-
» matis; sed quidquid exindè AUT DE INGENUIS AUT DE SERVIEN-
» TIBUS CÆTERISQUE NATIONIBUS QUÆ SUNT INFRA AGROS VEL
» FINES SUAS SUPRA TERRAS supradictæ ecclesiæ COMMANENTES
» fiscus aut de fredâ, aut de undecumque potuerat sperare, ex
» nostrâ indulgentiâ pro futurâ salute in luminaribus ecclesiæ per
» MANUM AGENTIUM EORUM proficiat in PERPETUUM (1). »

---

(1) Trad. : « Qu'aucun juge public, ni vous, ni vos inférieurs, ni aucune personne revêtue de la puissance justicière publique, ne se permette de pénétrer, en aucun temps, dans les villages de cette église, soit pour y assister au jugement des affaires, soit pour exiger les *freda* à raison des condamnations, ou les droits de séjour, ou de transport, ou des cautions; mais, au contraire, que tout ce qui peut être dû par les hommes libres, par les serfs ou par les étrangers qui demeurent soit dans les propriétés, soit dans l'enclave, soit sur le territoire de ladite église, ou comme impôt ou comme freda, et tout ce qui peut appartenir à notre fisc soit employé pour notre salut au luminaire de l'église qui devra le percevoir par les mains de ses propres agents. »

Remarquez dans cette formule l'attribution à l'immuniste de tous les droits du fisc sur les hommes libres, les esclaves et tous ceux qui séjournent (*commanentes*, couchans et levans) soit sur les terres de l'Église, soit dans l'enclave de ses possessions, *infra agros vel fines*. C'était donc la règle générale; il en était de même de la faculté accordée à l'immuniste de faire percevoir par ses justiciers, *per manum agentium eorum*, et d'ailleurs ce qui résultait de l'exclusion de tout juge public.

Un précepte de Charlemagne, accordant l'immunité au monastère de Saint-Martin, s'exprime ainsi : ..... *Nullam potestatem judex publicus fisci nostri super præfatas villas vel facultates S. Martini per qualemcumque ingenium habere se recognoscat; sed ab omni fiscali potestate, atque de prædictis rebus S. Martini semper extraneus et remotus sit, et nec aliquis nusquàm occasiones inquirere undè homines S. Martini dispendium facere debeant, sit ausus præsumere.... et quidquid fiscus consuetudines habuit recipiendi, in luminaribus ipsius S. Martini pro nostrá eleemosyná ad præsens inrecisa computatur....* (1).

Ainsi les redevables demeurant sur les propriétés de l'immune n'étaient pas affranchis de l'impôt; l'immunité n'était pas une exemption, mais une attribution qui comprenait même les censitaires, propriétaires ou habitants dont les possessions se trouvaient enclavées dans celles de l'immuniste.

Sous la 3[e] race, les immunités ont eu longtemps le même caractère ; mais, dans les chartes de cette époque, les droits remis à l'immuniste sont plus manifestement ceux qui constituent les justices seigneuriales; le temps approche où leur nom ne doit plus changer. Voici une charte de Louis-le-Jeune, donnée en 1138 au monastère de Saint-Julien de Brioude :

.... *Ut nullus judex publicus, nulla cujuslibet judiciariæ potestatis persona aliquem distringere... aut pascuaria accipere, neque mansionaticos sive paratas aut parafredos, vel tonloneum aut rotaticum, vel pontaticum sive cispaticum*

---

(1) Ann. 762; cité par Lehuérou, *Institutions carolingiennes*, p. 268, note 1.

exigere, seu aliquid quod ad publicam districtionem pertinet, agere aut inferre præsumat. Sed remotâ procul, ut diximus, omni seculari vel judiciariâ potestate, liceat eis, qualemcumque sibi suâ sponte elegerint advocatum, habere (1).

122. De quelque autorité que le *judex privatus* tint le *bannum*, il demeurait sous la surveillance des *missi dominici*. Les immunistes ou *honorati* étaient tenus de choisir leurs *judices* probes, honnêtes, instruits des lois et des conditions de l'impôt, et non étrangers au pays : *Ut omnes bonos et idoneos vice-dominos et advocatos habeant et judices*, porte un capitulaire de 814 (2).

De même que les possesseurs s'efforçaient de se libérer de l'administration du comte, de même celui-ci chercha constamment à se dégager de la dépendance royale et des visites gênantes de ses *missi*. Ce fut la tendance première des justices, et les institutions humaines une fois lancées dans une voie progressive subissent l'impulsion qui les a mises en mouvement longtemps après que le but primitif est atteint. Le pouvoir des justiciers devait donc arriver aux dernières limites de l'absolu, et, en effet, le sol de la France fut partagé en une multitude de souverainetés complètement indépendantes; la seule cause de subordination fut dans le fief. Chaque justicier fut absolument libre dans son territoire; son pouvoir fut exclusif de tout autre, et le roi lui-même ne pouvait exercer le ban dans la justice de ses barons, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure : « Chacun des barons, dit Beaumanoir, ch. 34, si est souverain en sa baronnie. »

Tant que le pouvoir royal domina les institutions publiques et privées, les *judices privati* furent contenus ; mais lorsque l'autorité centrale se fut écroulée devant l'ambition et la puissance de ses propres *judices*, les immunistes et les *honorati* furent à leur tour spoliés par leurs agents. L'histoire des cités est pleine des luttes des évêques et des monastères contre leurs vidames, leurs comtes et leurs avoués; ceux-ci écrasent les sujets dont ils

---

(1) Brussel, p. 507.

(2) Baluze, t. 1, p. 520, n° 58.

ont l'administration d'exactions multipliées dont ils s'attribuent le bénéfice et dont les prélats réclament en vain leur part ou du moins la dîme. Le *judex*, fort de son droit de ban qu'il tient héréditairement d'un pouvoir étranger, ou que l'évêque n'est pas assez puissant pour lui retirer, donne à son administration un caractère sensiblement plus abusif que celui de tout autre justicier.

Les églises, et à plus forte raison les particuliers, subissaient cette spoliation non-seulement de la part de leurs agents supérieurs, mais encore de celle des *majores* et des simples *villicarii*. M. Guérard a constaté les usurpations de ces officiers subalternes, leurs efforts pour se constituer héréditaires, et leur succès général vers le XII[e] siècle. Un historien de St-Gall retraçait ainsi les prétentions des maires du X[e] siècle : « Les maires dont » il est écrit : *Quia servi si non timent tument*, avaient com» mencé de porter des armes polies; appris à sonner de la » trompe autrement que les autres vilains; élevé des chiens » pour chasser d'abord le lièvre, ensuite le loup, enfin l'ours » et le sanglier. Que les celleriers, disent-ils, cultivent les » champs; quant à nous, jouissons de nos bénéfices, et li» vrons-nous à l'exercice de la chasse, comme il convient à » des hommes (1). »

Les *judices privati* ont produit, comme les *judices publici*, des justiciers seigneuriaux; mais la plupart n'ont été revêtus que de basses justices. Leur administration comprenait à la fois et la gestion des biens du propriétaire et la perception

(1) Guérard, Polyptique d'Irminon, t. 1, p. 451. Les *majores villarum* et les autres *judices privati* pouvaient être pris parmi les esclaves, ainsi qu'on peut le voir au capitulaire *De villis*. Le passage sustranscrit suppose que telle était la condition générale des maires dont les descendants sont devenus hauts et puissants seigneurs justiciers. Ce qui prouve en passant que plus d'un noble campagnard, persuadé, sur la foi de Montesquieu, que sa noblesse se perdait dans la nuit des temps, était issu d'un *servus tumens*, et le cousin de ses vilains du dernier ordre.

du tribut qui lui était dévolu. Cette réunion de pouvoirs différents fut doublement funeste au possesseur, car, là où le justicier fut assez puissant, il s'empara du double objet de son administration et confondit dans son patrimoine et le sol et la justice.

Mais, partout où le propriétaire put résister, l'appropriation se borna aux redevances ayant caractère de tributs, ou appartenant à l'administration du *judex privatus*. Cette dernière cause a placé dans les éléments de la basse justice des droits qui semblent ne devoir appartenir qu'à la propriété; par exemple, les servitudes personnelles, de mainmorte, et autres tenant du servage. Régulièrement, les droits de cette espèce se rattachent à la possession privée et n'ont rien qui touche à l'impôt; cependant on les rencontre aux mains du bas justicier, parce qu'ils faisaient partie de l'exercice du *judex privatus* comme intendant du propriétaire. C'est aussi l'origine des corvées personnelles et autres devoirs imposés à ce titre et dont je parlerai plus tard.

La plupart des noms des justiciers privés se sont conservés dans la hiérarchie seigneuriale : les *advocati* sont devenus les avoués et jouent un grand rôle dans l'histoire des possessions ecclésiastiques; il en est de même des *præpositi*, devenus les prévôts; des *vice-domini*, devenus les vidames; des *majores*, devenus les maires, et des *villicarii*, confondus plus tard avec les viguiers. Nous avons vu, dans un diplôme précédemment transcrit (nº 93), le comte de Champagne faire cession d'une mairie, *majoriam*. Dupineau dit avoir lu un titre où la basse justice est appelée *villicaria*.

123. Je viens d'expliquer la hiérarchie de la justice primitive; celle du fief en diffère essentiellement : dans la première, l'indépendance absolue de chaque justicier est la condition caractéristique de son pouvoir; dans la seconde, au contraire, c'est la subordination qui constitue la vassalité et par suite l'association féodale. Chaque feudataire est l'inférieur de son seigneur dominant; il lui est lié par les obligations de la foi; il lui doit le service, la fidélité, l'hommage et l'obéissance; il est tenu de l'as-

sister dans ses querelles, de le suivre à la guerre et d'acquitter sa rançon.

Le fief présente une véritable hiérarchie en ce sens que la puissance et le commandement remontent de degré en degré jusqu'au seigneur suzerain. C'est cette gradation des feudataires qui a inspiré aux feudistes domaniaux la pensée et la facilité de rattacher au roi tous les fiefs et de le considérer comme grand fieffeux du royaume. Cependant cette supposition n'a jamais été qu'une chimère. Primitivement les patrocinIats et les séniorats étaient nombreux et indépendants ; chaque chef de bande était *senior* et, au moyen de ses possessions, il formait autour de lui une armée dont il avait le commandement suprême.

C'est contre ces associations particulières et hostiles au pouvoir central que le gouvernement romain a vainement lutté ; la première race barbare, continuant le système des empereurs, a, comme ceux-ci, succombé devant l'institution du séniorat; la seconde n'a dû son pouvoir qu'à la supériorité personnelle des hommes qui se sont approprié le trône ; eux-mêmes n'étaient que des seigneurs ; les capitulaires les qualifient *seniores* ; leurs officiers sont des vassaux.

Le mot *senior*, tant qu'on le trouve usité dans les actes et dans les historiens, n'exprime rien autre chose que la suprématie engendrée par le contrat du séniorat.

Le terme *seigneur*, évidemment le même que celui de *senior*, eut d'abord identiquement la même signification ; régulièrement il n'en eut jamais d'autre, et d'Argentré fait observer que cette dénomination est très improprement appliquée par la coutume, à des choses qui sont de justice et non de fief: (*le seigneur*) *Hæc vox cùm sit correlativa ad vassalum ac respectu ejus prædicatur de rebus vassalitiis non aptè hìc posita est, cùm hæc dispositio ad materiam subjectumque feudale restringi non debeat, sed.... porrigatur in quibus jurisdictio...* (1).

Le *senior* est le propriétaire, le *potens*, le *possessor* dans

(1) In art. 10, n° 2.

tous les textes contemporains de l'organisation du séniorat (1) et de son existence primitive. C'est dans la propriété et par la propriété que se constitua le séniorat dont une branche fut le fief. Il y eut des séniorats laïques et des séniorats ecclésiastiques (2), de même qu'il y eût des possessions civiles et des possessions ecclésiastiques, les unes et les autres constitutives de droits sur le sol, *jure proprietario*. L'idée de propriété s'attachait si complètement au mot de *senior* ou seigneur, que, soit parce que telle était sa signification primitive, soit à cause du droit dont il comportait l'existence, la langue féodale n'eut point d'autre mot qui exprimât plus absolument la propriété, même à l'égard des choses qui ne supposaient aucune suprématie seigneuriale. Papon, liv. XIII, nº 8, nomme le tenancier *seigneur* utile de chose censuelle ; l'art. 225 de la coutume de Paris porte : « Le mari est *seigneur* des meubles et conquêts... » Les coutumes de Laon, art. 3, et celle de Reims, art. 343, définissent les épaves « les bêtes égarées qui ne sont avouées par aucun » seigneur, » c'est-à-dire, suivant Hervé, tom. IV, page 219, par aucun maître ou propriétaire. Enfin, suivant Loyseau, « le mot de seigneurie emporte toujours quelque propriété, et » c'est aujourd'hui le terme le plus usité que nous ayons, pour » signifier la propriété de quelque chose, de l'appeler sei- » gneurie (3). »

Les seigneurs de fiefs n'ont jamais été nommés justiciers ; ce dernier terme a toujours conservé sa signification propre et caractéristique. Il n'en a pas été ainsi du mot seigneur. Traduit en latin par le mot *dominus* qui signifie maître, propriétaire, comme l'expression *senior*, il a remplacé celle-ci, vers le XIe siècle, dans les actes passés en langue latine. La langue usuelle,

---

(1) La chronique de Marius, sur l'an 456, citée dans l'*Esprit des lois*, liv. 30, chap. 7, rapporte ainsi le partage que firent les Bourguignons : *Burgundiones terras cum gallicis senatoribus diviserent. Senatores* a évidemment la même valeur et le même sens étymologique que *seniores*, et ce sont incontestablement ici les propriétaires.

(2) *Seniores tam laici quam clerici*, dit Grégoire de Tours, liv. 5, ch. 49.

(3) Chap. 1, nº 23.

au contraire, a conservé le nom de seigneur et l'a généralisé.

Le terme *dominus* était équivoque : en même temps qu'il désignait un rapport à la propriété, il s'appliquait à une personne honorable et de distinction. Les officiers du palais de l'empereur étaient qualifiés *domini* ; la qualification descendit, comme il est d'usage, et bientôt fut donnée à tout supérieur ou dignitaire. Les ducs, les comtes, les vicaires, furent qualifiés *domini* dans les actes, et par suite seigneurs dans la langue usuelle ; lorsqu'on eut besoin de distinguer le seigneur du justicier, on dut dire le seigneur féodal et le seigneur justicier.

La distinction ne cessa pas de se révéler dans le langage, mais les mots perdirent leur énergie primitive ; l'expression de seigneur eut plusieurs significations désignant également le *senior*, le vassal, le propriétaire et l'honorable ; appliquée parfois même au justicier, elle introduisit la confusion dans les idées, et l'on en verra tout à l'heure un résultat immense dans l'historique de la maxime Nulle terre sans seigneur.

124. Dans la hiérarchie du fief, on trouve les *vassi*, *fideles*, *milites*, *vavassi*, *vavalsores* ; en français, les vassaux ou feudataires, les chevaliers, les vavasseurs ; les membres de l'association féodale étaient généralement compris sous le nom d'hommes, *homines* ; dans les polyptiques, l'expression *homo* désigne celui qui est engagé dans les liens du vasselage ; ce mot *homme* avait dans les aveux une valeur tellement propre, que les rédacteurs des actes lui donnent un féminin particulier, et les femmes y sont désignées sous le nom d'*hommesses* du seigneur (1).

Longtemps les bers ou barons ont été des feudataires ; synonyme d'homme ou *homo*, cette expression se rattachait exclusivement au fief ; c'est ainsi qu'on la trouve avec cette valeur dans l'ancienne coutume de Normandie, sous laquelle la justice des barons n'était qu'une justice foncière.

(1) On trouve cette expression dans les aveux, égails et minus passés en Bretagne, et sans doute ailleurs ; mais je ne l'ai rencontrée que dans les actes de cette province.



La constitution féodale présentait l'organisation d'une armée ; chaque vassal était un officier exerçant un grade dans le bataillon dont le seigneur suzerain était le chef ; chaque fief portait le nom du rang ou du service de son possesseur. On peut consulter sur ce point les feudistes ; on trouvera dans leurs écrits la définition des noms de chaque vassal, les fonctions attachées à son office, les conditions particulières de son fief, ses devoirs envers ses supérieurs, et ses droits sur ses subordonnés. Il serait superflu de présenter ici le tableau de cette armée ; il me suffit d'en indiquer le caractère et d'y faire voir tous les éléments habilement combinés d'une organisation calculée dans un but d'intérêt commun à tous ses membres. Dans cette association rien n'est fortuit ; la position de chaque feudataire est déterminée et a son objet prévu. Il en est de la hiérarchie personnelle comme des règles du droit des fiefs ; ce sont les besoins de la société qui l'ont constituée ; à mesure que l'expérience a constaté des nécessités nouvelles, des principes de jouissance et de possession et des maximes d'obéissance ou de subordination ont été créés ou modifiés.

Le droit des fiefs ne s'est pas constitué tout d'un coup, mais il a toujours été l'effet d'une combinaison et d'un consentement ; il n'a jamais perdu le caractère contractuel qui lui appartenait et le distinguait si profondément des institutions justicières. Convention militaire tant que les guerres privées ont subsisté, il est devenu société territoriale lorsque la royauté a rendu la féodalité impuissante, et par conséquent inutile. Cette société devenue sans but et sans objet devait périr, et il est vraiment surprenant qu'elle ait survécu plus de trois siècles aux causes qui l'avaient organisée.

125. Tant que les constitutions des justices conservèrent leur caractère primitif, aucune confusion ne s'établit ni dans les choses ni dans les noms ; mais lorsque les comtes et possesseurs d'*honores* inféodèrent leurs justices, les feudataires de ces droits eurent un double titre et un double nom.

Aussi le comte était comte et justicier relativement aux droits qu'il exerçait ; il était seigneur dominant ou suzerain relativement à l'inféodation qu'il avait faite de ses droits.

De même, le vicaire inféodé était justicier sous le rapport de sa possession et vassal à raison de l'inféodation qui lui était consentie.

Le comte s'appela donc indifféremment comte ou seigneur, le vicaire, vassal ou viguier.

Cependant les justices inféodées se distinguent des précédentes par plusieurs signes caractéristiques.

D'abord les noms ne sont plus les mêmes : ainsi, les besoins du fief ont créé de nouvelles fonctions que le simple exercice de l'impôt n'exigeait pas.

Le lieutenant du comte s'est appelé vicomte ; l'officier spécialement chargé de la juridiction a été nommé bailli ; celui qui a eu pour fonction l'exécution des jugements et les exploits a pris le nom de sergent ; le chevalier gardien du château a été appelé châtelain.

Autour du comte ou du prince, les feudataires justiciers ont été les sénéchaux, les maréchaux, les connétables, les procureurs fiscaux.

Tous ces officiers ont été dits justiciers parce que tous ont reçu leurs gages, en d'autres termes, leurs fiefs, en produits de justice, c'est-à-dire dans l'inféodation des droits de justice appartenant au comte leur seigneur (1).

« Les officiers des seigneuries, dit Hévin, même les sergents, » avaient ordinairement leurs fiefs en gages sur les *coutumes*, » *bouteillages*, *tailles*, et sur les *havages*, » c'est-à-dire uniquement et exclusivement sur les droits de justice.

Les conditions des concessions justicières à titre de fief ne sont pas non plus les mêmes que celles des concessions primitives ; celles-ci étaient pures et simples ; le vicaire n'avait pas une puis-

(1) L'ordonnance de Philippe-le-Bel sur l'administration de la Champagne donne des officiers de ses fiefs justiciers la nomenclature suivante : Art. 12. *Quòd omnes seneschalli, baillivi, vice-comites, vicarii, judices, et alii nostri justitiarii, quibuscumque censeantur nominibus*... Art. 26. *Seneschalli, baillivi, judices, viguerii, vicarii, vice-comites, præpositi et alii officiarii nostri jurisdictionem habentes.* Et dans le texte français donné par Pithou, p. 577, coutume de Troyes : « Que tuit notre seneschaux, bailli, vigours, juge, et » tout autre justicier de notre royaume, par quelque nom qu'ils soient nom» més. »

à celle du comte, mais il en était indépendant; il n'était tenu à son égard à aucun service; les produits de sa justice lui appartenaient *jure suo;* son titre avait la même source que celui du comte, et son droit était immédiat. Il en était tout autrement du vicomte, du châtelain, du sergent ou de tout autre justicier inféodé. Il était tenu à un service envers le comte, et ce service était le prix de son fief, comme son fief en était le salaire. Les droits qu'il prélevait sur les justiciables ne lui appartenaient pas directement; ceux-ci ne connaissaient que le comte; l'officier feudataire ne percevait que par délégation.

Ces caractères distinguent profondément les justices primitives des justices inféodées, et en font pour ainsi dire deux institutions qui n'ont de commun que les produits. Mais le droit, le titre, la cause, les conditions, tout est différent.

126. Il est toujours facile de reconnaître les justiciers primitifs des justiciers vassaux et des temps postérieurs. La puissance des premiers est absolue et libre; celle des seconds est conditionnelle et subordonnée. Cette distinction des diverses sortes de justices a échappé à la plupart des feudistes, et pourtant elle est fondamentale et ne doit pas être perdue de vue si l'on veut avoir des justices seigneuriales une idée exacte; ce n'est pas dans les conditions des justices inféodées qu'il faut chercher l'origine des justices, puisque, avant de devenir l'objet du contrat de fief, il a fallu qu'elles fussent tombées dans le domaine privé. L'inféodation est de beaucoup postérieure à la création.

« Un véritable vicomte, dit Hévin (1), en titre de seigneurie, » est le maître dans sa ville, elle est à lui et il jouit des revenus » de la ville qui donne le nom à la seigneurie, *jure domini non* » *ex causâ officii.* Le vicomte de Thouars avait les revenus » de la ville de Thouars *jure suo;* et de même le duc de la Tré- » moille les a dans sa ville de Vitré; au contraire, un vicaire ou » vicomte officier non plus qu'un autre officier de seigneurie, » soit sénéchal, prévôt ou sergent, ne prend rien dans les reve-

(1) *Questions féodales*, p. 16.

» nus de la ville *jure suo et domini*, mais seulement par con-
» cession du maître, à titre de gages, *propter impensum aut*
» *impendendum officium.* »

Ces observations du savant feudiste breton confirment très exactement la différence des justices primitives et des justices inféodées.

Quant au service qui caractérise aussi ces dernières et les distingue des premières, il était déterminé par l'espèce de la charge; il en était de même des droits inféodés; ils correspondaient aux fonctions. Ainsi le bouteillier, chargé des soins de la cave royale, était rétribué en droits sur les vins et autres boissons; le maréchal avait les droits de chevaux, de charrois, de transports; le châtelain exerçait les droits d'ost, de chevauchée, et autres se rapportant au service militaire. La noble maison d'Épinay devait sa noblesse à la sergenterie fieffée de ce lieu, et avait pour charge de fournir au comte un bourreau; ses droits consistaient, suivant un aveu du 15 juin 1541, « à lever aux jours de mardi,
» jeudi et samedi de chaque semaine, certains devoirs sur ceux
» qui vendent le sel, le gruau, et sur les boulangers. » C'est une portion du droit de *mercatum*. « *Item*, dans le droit de
» prendre sur les cordiers en ladite ville *les licols nécessaires*
» *pour exécuter les condamnés.....* »

Puis, à ces droits concédés et créés par le comte s'ajoutaient tous les abus, toutes les extorsions que la possession de l'autorité mettait à leur disposition, et dont j'ai déjà parlé plus haut.

Les justices inféodées diffèrent encore des justices primitives en ce qu'elles ne rentrent pas dans la classification première de haute et basse justice, qui constitue originairement la distinction de la justice du comte et de celle de tous les officiers subalternes, vicaires, dizeniers ou centeniers. Ainsi le feudataire justicier ne possédait que les droits et la compétence qui lui étaient inféodés, ce qui amena de nouvelles divisions dans la hiérarchie des pouvoirs justiciers; il y eut la justice vicomtière, la moyenne justice, la justice prévôtale et beaucoup d'autres que les feudistes ont vainement cherché à classer régulièrement.

Les justices inféodées et les justices primitives n'ont pas eu non plus tout-à-fait les mêmes résultats : les nouveaux justiciers

firent bien les mêmes tentatives que les anciens pour se rendre indépendants et rompre le lien féodal qui les soumettait à la supériorité du comte leur seigneur; mais ils ne réussirent pas partout. Ainsi les vicomtes de Bourges se rendirent maîtres de cette ville sous le règne de Raoul et en chassèrent les comtes; les vicomtes de Turenne et ceux de Cologne en Bercy ont possédé longtemps leurs vicomtés en souveraineté (1). Ces exemples furent une leçon pour l'avenir, et la plupart des justices inféodées renfermèrent des conditions de subordination qui retinrent les justiciers dans le devoir. Brussel fait connaître les mesures que les rois prirent dans ce but à l'égard de leurs grands officiers : Louis VIII exigeait en 1223, de son grand maréchal, le serment que ni lui ni ses héritiers ne prétendraient posséder leur charge à titre héréditaire : *Nec ego, nec hæredes mei reclamabimus marescaliam jure hæreditario tenendam et habendam* (2).

Les inconvénients de l'inféodation des justices en firent cesser l'usage vers le milieu du XV siècle; d'ailleurs le fief lui-même tombait en désuétude et passait de mode. Vers cette époque le roi cessa d'inféoder les grands offices, et bientôt les seigneurs cessèrent également de donner en fief l'exercice et la jouissance de leurs justices. Les sénéchaux, procureurs fiscaux, sergents et baillis ne furent plus que des officiers révocables, qui néanmoins continuèrent presque partout d'être salariés aux dépens des justiciables, mais par le seigneur.

127. Au moyen de l'inféodation du domaine et de l'inféodation des justices, il existait sur une même terre une double hiérarchie féodale : il y avait fief de la justice et fief du fonds ; la concession du premier, ou les transmissions qui s'en opéraient, s'exprimaient ordinairement par ces mots : *Quidquid habeo et habere debeo apud...* La constitution d'un fief foncier : désignait la terre avec ses contenances, tenants et aboutissants. *Cum terris, campis, sylvis, aquis aquarumve decursibus*, etc. L'une et l'autre quali-

(1) *Anc. Rép.*, v° *Vicomte.*
(2) Brussel, p. 630.

flaient l'objet du contrat de *feodum*, parce qu'en effet c'était dans les deux cas un bail de fief.

Cette double disposition à titre de fief, appliquée à un même territoire, a été observée par presque tous les feudistes et assez mal expliquée par eux, parce qu'ils ont perdu de vue la distinction des deux éléments qui servaient de base aux deux concessions coexistantes. Brussel, chap. 1, et surtout Guyot, tom. III, p. 101 et suiv., ont cité un grand nombre de pièces dans lesquelles on voit un même territoire appartenir en fief en même temps à deux vassaux et donner lieu à un double hommage. Ces feudistes supposent que l'un ne possédait que la mouvance et l'autre le fief. Mais cette explication ne soutient pas un examen sérieux, car si l'un des vassaux eût été concessionnaire de la mouvance, il eût été véritablement seigneur de l'autre possesseur du fief, et c'est à lui que celui-ci eût rendu l'hommage. Or, chacun d'eux rendait un hommage séparé et parfois à un seigneur différent.

La distinction du fief et de la justice, seule, peut rendre raison de ce fait si fréquent dans les documents des temps féodaux.

L'inféodation de la justice n'eut pas précisément les mêmes conditions que celle du domaine; les obligations respectives du seigneur et du vassal furent identiques, relativement à leur personne, mais la nature des choses données en fief produisit des différences dans le mode de jouissance ou de disposition. Ainsi la faculté de transmettre héréditairement, les conditions de partage, le caractère noble ou roturier des acquéreurs, n'eurent pas les mêmes règles. Notamment, la mouvance territoriale fut remplacée par le ressort dans la justice.

128. Cette faculté d'inféoder simultanément ou séparément la terre et la justice, et de subdiviser indéfiniment les éléments de cette dernière possession, a produit une autre cause de trouble et d'obscurité, savoir, l'immense variété des conditions de chaque justice seigneuriale, tellement diverses, que les docteurs ont fait de vains efforts pour les ranger dans des classes ou catégories distinctes et concordant avec la réalité. La distinction primitive de la compétence du comte et de celle des vicaires suffit tant que la subdivision romaine fut seule en usage. Mais lorsque la

subdivision féodale intervint, elle fut évidemment insuffisante à désigner tous les démembrements, réserves, concessions, partages, que la volonté des parties, leurs intérêts, leur but ou leur position déterminèrent. Vainement à la haute et à la basse justice on ajouta, dans la théorie, la moyenne, la vicomtière, la justice à sang, la justice à baron, à duc, etc. Il fut impossible de les classifier d'une manière satisfaisante. Vainement, dans la plupart des coutumes, les rédacteurs, au dix-septième siècle, s'efforcèrent de tracer des règles générales pour les distinguer et fixer leurs attributions; outre l'incertitude que laissait exister leur rédaction, le plus souvent fort obscure, à raison de l'obscurité même des principes qu'ils voulaient poser, leurs règles furent constamment démenties par les possessions et les titres privés. Les justices restèrent aussi diverses que leurs origines et les stipulations dont elles avaient été l'objet.

Il est bon d'écouter le témoignage du plus savant des feudistes en cette matière; de celui qui l'a le plus approfondie à une époque où les ordonnances royales n'en avaient pas encore complètement interverti la nature, et dont les opinions ont servi de base à tout ce que les jurisconsultes ont écrit depuis lui. Loyseau commence ainsi le chapitre des *petites seigneuries et simples justices*.

« C'est ici le nœud gordien, plus aisé à couper qu'à dénouer. » Je le dis, après l'avoir essayé : qu'on lise toutes les coutumes » qui ont traité des justices, on n'y trouvera que diversité et confusion; qu'on étudie tous les auteurs anciens et modernes qui en » ont écrit, on n'y trouvera qu'absurdité et répugnance. Qu'on y » rêve à part soi tant qu'on voudra, il sera bien habile qui, parmi » ces grandes variétés et des temps et des lieux, et parmi tant » d'absurdités, pourra choisir une résolution assurée et équitable. »

129. La diversité de noms des hommes soumis à l'autorité du justicier, et de ceux qui vivaient dans les liens du vasselage, est très significative. Jamais on n'a dit exactement les vassaux du justicier, ni les sujets du féodal; cette différence se rattache à la nature des droits de chacun.

Les hommes du seigneur féodal étaient ses amis, *amici*, ses

fidèles, *fideles*, attachés à lui par le lien du bienfait, *beneficio*. Les obligations de secours, d'assistance et de fidélité étaient réciproques, et souvent les actes de la seconde race qualifient le seigneur et le vassal de *pares*. C'était par la possession du bénéfice que le vasselage existait ; le feudataire pouvait toujours se dégager en abandonnant le fief ; sous ce rapport il était libre.

Les rapports des hommes soumis à la puissance du justicier, à son égard, étaient bien différents.

C'était le domicile, et non la jouissance ou la possession, qui constituait la sujétion ; le pouvoir du justicier s'exerçait sur celui qui demeurait dans le district de sa justice, tant qu'il y était *couhant* et *levant*.

La raison de cette différence ressort évidente de l'origine des justices.

L'administration romaine avait divisé le territoire en cités, dont le chef-lieu était ordinairement une ville ; là, se conservaient les registres du cens, les livres du cadastre, et tous les moyens de percevoir le tribut. Chaque cité représentait ainsi, pour le peuple romain, un élément de son budget et une part des produits de la conquête.

C'est pourquoi les rois de la première race, qui ne voyaient guère dans leur royauté que le butin, se partageaient le territoire par cités, sans autre considération que leur valeur et leur produit. Aussi l'on voit que plusieurs cités restèrent indivises entre eux, comme, au moyen âge, de nombreuses justices furent communes à divers (1).

Les Mérovingiens introduisirent la subdivision des cités en centaines, ou cantons ; l'unité dans cette subdivision était le *mansus* ou la maison ; plusieurs maisons formaient le village, *villa* ; plusieurs *villæ*, la centaine.

Les vicaires furent établis par centaines et par conséquent sur les *villæ* ; en conséquence, ils reçurent le nom de *villicarii*. Les

(1) Il est curieux de rapprocher les conditions de l'indivision des seigneurs du moyen âge de celles du traité passé entre les enfants de Clotaire relativement à la cité de Paris ; on y retrouve les mêmes bases et presque textuellement les mêmes clauses.

habitants des *villæ* furent nommés *villani*, et plus tard *vilains*.

Si l'on se rappelle que l'impôt foncier retombait, sous la domination romaine, sur le cultivateur, nécessairement habitant des *villæ*, on comprendra clairement pourquoi le *villanus* était sujet, *subjectus* du vicaire ou *villicarius*, et, par suite, comment le justicier put appeler également les hommes sur lesquels il exerçait son pouvoir ses vilains, ou ses sujets.

130. Dans le système auquel je rattache l'origine du fief et de la justice, le droit du justicier n'est qu'un pouvoir, celui du féodal est la propriété; cette distinction, si elle est vraie, ne peut pas manquer de se retrouver dans les textes; aussi s'y rencontre-t-elle à chaque instant. Tout comte ou vicaire est revêtu de la *judiciaria potestas;* par abréviation, le mot *potestas* seul eut la même signification et bientôt s'appliqua au territoire même attribué au *judex* (1). Fréquemment le mot *potestas* est opposé au mot *proprietas;* le premier désigne la jouissance des *justitiæ*, en d'autres termes, de tous les droits de justice, de tous ceux que prélevait le fisc romain et qui n'appartiennent pas au propriétaire. Le second exprime le droit de celui-ci. Ainsi Charles-le-Chauve ordonne que le faux monnayeur soit poursuivi dans quelque lieu qu'il se réfugie : *Si autem potestatem aut proprietatem alicujus potentis confugerit* (2); dans le même article l'opposition est reproduite quatre fois.

Ainsi la *potestas* était tout autre chose que la *proprietas:* l'une était la puissance du justicier, l'autre était la propriété, le droit du *senior*, plus tard la seigneurie ou le fief (3).

Les hommes habitant la *potestas* furent les hommes de pooste, comme ils étaient déjà les vilains, comme ils furent les manants, *manentes*, toutes expressions relatives à leurs rapports avec le *judex* ou justicier, exerçant sur eux la *judiciaria potestas*, à raison du territoire, de la *villa* qu'ils habitaient, et dans le ca-

(1) Voy. Ducange à ce mot.

(2) Baluze, 2, p. 181, n° 18.

(3) Voy. aussi, dans Baluze, t. 2, p. 171, 3, et 172, 3, le mot *honor*, que j'ai dit plus haut synonyme de *potestas* quant aux profits, également opposé à *proprietas*.

dastre duquel ils étaient *censiti*, plus tard *censitaires* ou *censuels*.

131. Il résulte de ce qui précède que le seigneur du fief n'a jamais eu de vilains ni de sujets, mais bien des vassaux ; de son côté, le seigneur justicier n'a jamais eu de vassaux, mais bien des sujets, vilains s'il était bas justicier, *pagenses* ou *burgenses* s'il était comte. Les hommes de pooste n'étaient engagés à aucun titre dans les liens de la féodalité ; les feudataires, même à titre de cens, n'étaient pas des vilains, dans le sens propre de ce mot. Cependant cette signification ne lui a pas toujours exactement été conservée, et des idées d'un autre ordre ont conduit à reconnaître deux espèces de vilains qu'il est fort important de distinguer.

Défontaine constate un principe devenu célèbre : « Par notre » usage, dit-il, chapitre 21, article 8, n'a-t-il entre toi et ton » vilain d'autre juge fors Dieu, tant comme il est tes coukans et » tes levans, *s'il n'a d'autre loi vers toi, fors la commune.* »

Cette maxime est vraie à l'égard du vilain dans ses rapports avec le seigneur justicier. Celui-ci, en effet, était, comme le *judex* romain, juge de la quotité du tribut, de son exigibilité, en un mot des obligations du redevable. Mais la décision n'était pas sans appel : un capitulaire de 755 impose à tous justiciables l'obligation de subir d'abord le jugement du justicier, et leur interdit le recours à la décision royale avant d'avoir reçu celle du comte ; mais une fois cette juridiction épuisée, l'appel est ouvert à celui qui croit avoir à s'en plaindre : *Si reclamaverint quòd legem eis non judicassent, tunc licentiam habeant ad palatium venire pro eâ causâ ; et si ipsos convincere potuerint quòd legem eis non judicassent, secundùm legem hæc emendare faciat* (1).

Après la chute du pouvoir royal l'appel ne fut plus possible, le roi, seul juge supérieur, n'existant plus. Lorsque la royauté de la troisième race s'éleva, elle n'hérita pas de la précédente ;

(1) Baluze, t. 1, p. 176, n° 29.

elle ne lui succéda que dans l'histoire et dans la suite des événements; elle eut des bases différentes et des conditions nouvelles; le baron dans sa baronnie fut souverain (n° 122); entre lui et son vilain il n'y eut de juge fors Dieu.

Mais, pour qu'il en fût ainsi, il fallait qu'entre le vilain et son seigneur « il n'y eût d'autre loi fors la commune. » C'est qu'en effet il n'en était point ainsi dans la hiérarchie féodale; tout vassal blessé dans ses droits par son seigneur en appelait au suzerain dans le séniorat duquel il figurait comme arrière-vassal. C'était ce qu'on entendait par l'appel pour défaute de droit, action que l'on n'a pas ainsi comprise. Beaumanoir cependant l'indique très clairement: « La première manière de gens » (qui peuvent appeler) si sunt cil qui tiennent en fief et en » hommage d'autrui, et lor seignour ne lor voelent fere droit, » ou il lor delaient trop lor droit; ichele gent, *se lor seigneur* » *tiennent le lor saisi*, ou *prennent*, ou *lièvent*, ou *empecent à* » *lever*, doivent requerre lor seigneur qu'il *lor rende, ou re-* » *saisisse* (1). »

Ainsi le cas de défaute de droit n'était pas toujours celui que nous nommons aujourd'hui le déni de justice, c'était principalement celui où le seigneur avait saisi le fief de son vassal (2), ou l'empêchait de jouir des droits lui appartenant. Remarquez que cette saisie était un acte de sa justice féodale et de son pouvoir foncier; il y avait appel au supérieur commun; ainsi entre le seigneur et son vassal il existait un juge autre que Dieu, c'était le suzerain.

132. Ce pouvoir intervenant entre le seigneur et le vassal appartenait à toutes les possessions féodales, quel que fût le feudataire, quelle que fût la condition de sa tenure. Celui qui possédait le bénéfice à charge de censive, encore qu'il fût habitant des *villæ*, et que sa terre fût comprise dans le territoire du vile-

---

(1) Beaumanoir, cap. 62, n° 2.

(2) Cette circonstance est plus remarquable encore au n° 6, où il s'agit des cas où le seigneur, après la saisie, s'est absenté : « S'il avient qu'aucuns » sires ait pris ou saisi de son home... »

nage, avait également droit à l'appel au suzerain pour les torts que lui causait son seigneur. C'est encore ce qu'explique Beaumanoir :

« 5. La seconde manière de gens as quix il est mestiers qu'il » somment lor seigneur..... Che sunt cil *qui tiennent d'eus* » *héritages vilains*, *des quix le connissance appartient au* » *segneur*...... Li segneur se peut mettre en défaute envers cix » *qui tienent d'aus en vilenage*, car aussi bien sunt il tenu de » faire droit as uns comme as autres. »

Il existait donc deux sortes de vilains, puisque, suivant Beaumanoir, *ceux qui tiennent* en vilenage peuvent appeler pour défaute de droit, tandis que, suivant son contemporain Défontaine, entre le seigneur et son vilain *il n'y a de juge fors Dieu*. En effet, il y a le vilain *coukans* et *levans*, c'est celui dont parle Défontaine; celui-là, fût-il possesseur d'un héritage, n'est soumis qu'au pouvoir du justicier et subit sa justice sans recours. Ensuite il y a cil *qui tient de son seigneur* un héritage vilain, qui par conséquent lui est uni par le lien féodal, est son homme en cette qualité et a droit à la justice du séniorat. C'est de ce dernier que parle Beaumanoir.

On doit donc distinguer le vilain, homme de fief, du vilain, homme de pooste: l'un est vassal du seigneur féodal, l'autre est sujet du justicier (1). Le premier est justiciable d'après la loi du fief, le second doit être jugé selon « la loi commune. »

133. Le vilain n'était ni le serf, ni le mainmortable, ni l'esclave à aucun titre du justicier; il était son sujet, et rien autre chose. Celui-ci n'eut jamais sur lui que le pouvoir de l'exploiter, pouvoir dont il abusa de la même manière que le *judex*, son prédécesseur; il traita son vilain avec le même mépris et la même cruauté.

(1) Le même nom donné à deux conditions différentes se rattache à des idées de distinction personnelle, qu'il faut absolument pénétrer pour bien comprendre le régime seigneurial, et que je développerai dans le paragraphe suivant.

La distinction du vilain et du serf est très clairement exposée par Défontaine, en son Conseil, chap. 31 : « Et sache bien que » selon Diex tu n'as mie pleine poeste sur ton vilain. Donc se » tu prens du sien fors les droites redevances ki te doit, tu les » prens contre Dieu et sur le péril de t'âme et come robières (vo- » leur). Et ce kon dit, toutes les coses que vilain a sont son sei- » gneur, c'est voire à garder. Car s'ils étoient son seigneur pro- » pre, il n'averoit nulle différence quant à ceu entre serf et » vilain (1). »

Remarquez dans ce passage la confirmation de tout ce qui précède : le vilain n'est qu'un sujet dont les biens sont sous la garde de son seigneur, et celui-ci n'est autre que le justicier, car il n'a droit qu'aux amendes coutumières, *emendas*, *census*, *tributa*, *freda*, *exactiones*, toutes redevances du *judex*, et qui n'ont jamais appartenu au féodal.

Ce qui vient d'être dit du vilain doit également l'être de l'homme de poeste, car c'est la même personne ; le nom ne change qu'en raison du rapport sous lequel on considère celui qui le porte. Ainsi l'homme de poeste comme le vilain peut être franc et libre, quoique soumis à la puissance du justicier ; c'est ce qu'explique Beaumanoir, chap. 45, n° 30 : « On doit savoir » que trois états sunt entre les gens du siècle : li uns de gentil- » lesse, li autres de cix qui sunt francs naturellement.... tuit » li francs ne sunt pas gentilhomes, ainçois a grant diference en- » tre les gentishomes et *les autres francs homes de poeste*.... li » tiers estas si est *de sers*... »

Cependant il est bien peu d'auteurs modernes qui ne confondent le vilain, l'homme de poeste et le serf. Je dois expliquer la distinction de Beaumanoir.

(1) Cité par Guizot, t. 4, p. 270.

§ II.

DE LA NOBLESSE. — DE LA ROTURE. — DU SERVAGE.

SOMMAIRE.

134. Beaumanoir distingue trois états entre les gens du siècle : les gentilshommes, les francs hommes de poeste et les serfs (n° 133).

Les gentilshommes étaient les nobles ; leur nombre était fort considérable au temps de Beaumanoir et leurs prérogatives puissantes. Je ne dois m'occuper ici que de leurs rapports avec le fief et la justice.

La noblesse féodale dérivait de deux sources : la noblesse romaine et la noblesse germaine.

La première consistait dans les avantages de certaines familles ou dans les attributions que conféraient à divers personnages les lois ou la volonté des empereurs.

C'est surtout par l'affranchissement des charges et des obligations tributaires que la noblesse se manifestait et profitait à celui qui en était revêtu.

La législation affranchissait de l'impôt tous les fonctionnaires publics, tous ceux qui avaient exercé des charges ou des honneurs, et toute la classe des clarissimes, des *spectabiles*, les

comtes, et généralement tous ceux qui avaient été revêtus du titre et des fonctions de *judices*.

Les premiers titres du livre 12 du Code de Justinien sont presque exclusivement consacrés à l'établissement des exemptions; je rappellerai seulement quelques textes propr s à faire saisir le rapport de ces exemptions avec celle: dont a joui la noblesse féodale à l'égard des obligations justicières.

Senatorum substantias, quas in diversis locis et provinciis possident et homines eorum, tàm à temonariis oneribus conferendis, quàm à cœteris prœstationibus, quas judices describunt, necnon etiam ab omnibus sordidis muneribus, extraordinariisque et vilioribus liberos esse prœcipimus : nullâque sorte constringi functionis indignœ. L. 4 Cod. De dignitatibus.

Cet article contient l'exemption complète de toutes les obligations justicières, *quas judices describunt*. La loi 14, *eod. tit.*, reproduit la même règle, en termes non moins généraux : *Prœcipimus ut senatori in quâlibet provinciâ constituto, nullam habeant judices injungendi aliquid fortè publici muneris potestatem.*

Cet affranchissement des sénateurs est étendu, par la loi 11 du même titre, à leurs femmes et à leurs enfants, et par la loi 1 du titre 2 à tout clarissime òu *spectabilis : Nemo ex clarissimis vel spectabilibus qui in provinciis degunt, ad prœfecturam posteà devocetur; sed maneat unusquisque domi suœ tutus atque securus, et suâ dignitate lœtetur.* Les titres suivants, et notamment les titres 10, 11, 12, 13 et 14, ont pour objet de faire jouir du même privilége les fonctionnaires, les comtes, les vicaires et tous ceux qui exercent ou ont exercé des charges publiques.

Le Code de Justinien ne paraît pas contenir d'exemption formelle au profit des militaires; mais celui de Théodose, lib. 7, tit. 13, l. 6, l'énonce expressément : *Si oblatus junior fuerit, qui censibus tenetur insertus, ex eo tempore quo militiœ sacramenta susceperit, proprii censûs caput excuset.*

135. Chez les Germains, il existait incontestablement une noblesse; mais quelle fut sa part dans la constitution de la noblesse féodale, c'est ce qu'il est fort difficile de constater. Les

documents de toutes les époques font mention d'hommes de noble race, et souvent l'élévation par le roi d'un individu qui ne jouit pas de cette condition est une cause de reproche de la part des grands du royaume. Cependant l'influence de cette condition parfois indiquée dans les évènements politiques est peu ou point sensible dans les actes qui rappellent ou constatent les dispositions relatives aux concessions des justices ou des bénéfices. On y voit même que l'esclave peut être fait clerc, puis devenir évêque et par suite prétendre aux fonctions les plus élevées; enfin on a vu tout à l'heure que la plupart des *judices privati* étaient de condition servile.

La noblesse féodale a trouvé sa cause la plus féconde dans le service militaire et les fonctions des armes, par suite de l'engagement dans les liens du fief. Tous les seigneurs justiciers, tous les seigneurs féodaux, tous les hommes nobles et de distinction sont des hommes de guerre. Dans des temps où la force faisait le droit, il est évident que l'homme armé fut réellement supérieur à celui qui ne l'était pas; quiconque eut une autorité militaire dut se croire et se crut d'un autre ordre que ceux qui subissaient ses ordres ou sa puissance; c'est l'effet naturel de toutes les guerres prolongées ou générales. Un siècle de désordres et de batailles intestines fut plus que suffisant pour diviser la nation en deux classes, les militaires de profession et ceux qui ne l'étaient point, les uns fiers et dominateurs, les autres humbles et domiués.

136. Cette origine de la noblesse moderne est confirmée par les observations suivantes : 1° Dans les 11e et 12e siècles, noble et militaire étaient synonymes. 2° *Miles* et feudataire l'étaient également. 3° Tout bénéfice à charge de service militaire donnait la noblesse. 4° Enfin, le fief cessa d'anoblir aussitôt que son possesseur put se dispenser de guerroyer. Longtemps il n'apparut pas d'autres distinction; mais le principe de l'hérédité, exalté par l'ambition, suivit l'impulsion qui lui était donnée; il grandit et s'étendit à tout ce qui flattait les passions dominantes. Les professions devinrent héréditaires comme les fiefs, les idées de race et de classes se développèrent, et avec elles les principes de suprématie de sang et de noblesse.

Avant saint Louis, tout homme libre pouvait posséder un fief, et par conséquent en remplir les obligations; les capitulaires de la seconde race expriment évidemment cette faculté, lorsqu'ils disent : *Volumus ut unusquisque liber homo in nostro regno seniorem qualem voluerit, in nobis et in nostris fidelibus, accipiat* (1).

Au 12e siècle, le serf même pouvait recevoir l'investiture; c'était une règle admise dans les usages de la plus orgueilleuse noblesse, et constatée par le livre des fiefs, *lib.* 2, *tit.* 4 : *Personam verò investituram accipientis non distinguimus, nam etiam servus investiri potuit* (2).

187. Il serait de peu d'utilité de rechercher, avec la plupart des légistes modernes, si l'exemption romaine se maintint et s'étendit à tous les Francs. J'ai déjà fait voir que celle dont jouissaient les pauvres, les mineurs et les infirmes, s'était perpétuée sous la première race (n° 108). Il nous suffira de la retrouver très exactement reproduite dans les règles coutumières des temps seigneuriaux.

En effet, les nobles, les possesseurs de fiefs, et généralement tous ceux qui exercent des fonctions justicières, sont exempts de toutes redevances et obligations de justice; cette exemption s'étend, comme l'exemption romaine, à leurs enfants, à leur femme et généralement à tout ce qui compose leur maison, *hominibussuis*, ainsi que l'exprime la première loi sustranscrite.

L'affranchissement de toute redevance justicière est tellement de l'essence de la noblesse que les actes d'anoblissement ne sont

---

(1) An 847, art. 2; Baluze, t. 2, p. 44.

(2) De savants critiques, et notamment Montesquieu, préoccupés du désir de perdre la race des maisons nobles « dans la nuit des temps », ont nié que la possession d'un fief donnât originairement la noblesse; mais, à mon avis, ils ont fait de vains efforts pour démontrer leur opinion. Tous les actes qu'ils invoquent sont des treizième et quatorzième siècles, et montrent, au contraire, la royauté nouvelle, d'accord avec les nobles de race, cherchant par des dispositions innovatrices à faire cesser l'anoblissement résultant de l'acquisition d'un fief. Ce sont évidemment des révolutionnaires enrichis s'efforçant de maintenir le *statu quo*.

pas autre chose que l'exemption de ces redevances. Cette observation si digne de remarque est justifiée par la plupart des actes de cette espèce, émanés de seigneurs particuliers, et notamment par le titre suivant, portant anoblissement, par le baron de Sassenage, de Guignes Martin, vilain de sa baronnie, sous la date du 27 août 1363. Ledit baron déclare affranchir Guigne : « Ab omnibus toltis, talliis, collectis, complaintis, » corvatis, angariis, parangariis, et aliis quibuscumque indebitis aut injustis exactionibus, extorsionibus, operis, manuoperis, et aliis rusticalibus servitutibus realibus et personnalibus quibuscumque, ità tamen quòd deinceps dictus Guigno » cum omnibus liberis natis et procreandis et totâ posteritate suâ » gaudeat beneficio perpetuæ nobilitatis, et teneatur facere et » præstare dicto domino Cassenatici, et suis hæredibus et successoribus de suis corpore et personâ ac totâ suâ posteritate, » homagium ligium nobile, et fidelitatem ligiamnobilem, suis » servitiis et canone, feudis et dominiis, laudimiis et venditionibus dicto domino spectantibus à dicto Guignone debitis, et » de jurisdictione ac punitione personæ ejusdem Guignonis et » suæ posteritatis duntaxat exceptis, et semper ac perpetuo » eidem domino Cassenatici et suis hæredibus et successoribus » post ipsum salvis remanentibus (1). »

Cet acte est remarquable sous plusieurs rapports. 1° Il divise très nettement les droits dont il fait mention en deux catégories, l'une composée des droits de justice, auxquels le comte renonce, l'autre constitutive des droits des fiefs qu'il se réserve ou plutôt

(1) Salvaing, t. 1, p. 235. Trad. : « De toutes toltes, tailles, aides, complaintes, corvées, charrois, transports, et autres exactions non dues et injustes, extorsions, œuvres, travaux et autres servitudes rustiques réelles et personnelles » quelconques, de sorte que dans l'avenir ledit Guigne, ses enfants nés et à » naitre et toute sa postérité jouissent du bénéfice d'une noblesse perpétuelle, » et soient tenus de faire audit seigneur de Sassenage et à ses héritiers et successeurs personnels et à toute sa postérité hommage lige noble, et de lui » conserver fidélité, foi lige et noble ; sous la réserve audit seigneur de Sassenage, ses héritiers et successeurs, des services, rentes, fiefs, seigneuries, lods » et ventes, juridiction et punition de la personne dudit Guigne et de sa postérité. »

qu'il stipule. 2° L'anoblissement se constitue de l'affranchissement des droits de justice et de la création des droits de fiefs; c'est comme vassal et jouissant des prérogatives du fief que l'affranchi sera noble; il entre dans la famille du comte par la foi et le service, et s'unit à lui par le lien féodal. 3° La législation romaine n'affranchissait pas les privilégiés de la juridiction publique; seulement, le jugement des nobles appartenait à une autorité supérieure; le comte la conserve au même titre sur son nouveau feudataire.

138. Dans la hiérarchie féodale, la noblesse était exclusivement le partage des possesseurs de fiefs proprement dits, puisque les militaires de profession seuls en possédaient, ou, si l'on veut, que tout possesseur de fief était nécessairement militaire. C'est pourquoi l'organisation féodale présente sensiblement le cadre d'un bataillon; chacun de ses membres a sa part d'obéissance et de commandement (v. n° 124). Le service du soldat, qui ne doit qu'obéir, n'avait rien qui tînt du fief, comme je le dirai tout-à-l'heure; c'était une obligation justicière, à titre d'impôt ou de tribut; et c'est ce qui finit par donner aux armées purement féodales ce caractère si remarquable d'armées sans soldats.

Il s'ensuivit que tout homme libre, ou possesseur d'un bénéfice à titre de censive, ne fut point noble. La généralité se composa des laboureurs, *roarii*, *ruptuarii*, les roturiers; ce fut le nom commun de tous ceux que leur épée n'anoblissait pas. Le bourgeois habitant des villes, le vilain habitant des campagnes, furent également compris sous cette dénomination humiliante et caractéristique de l'infériorité dans laquelle ils vivaient.

Les uns et les autres eurent également à souffrir de la supériorité que les armes donnaient aux possesseurs de fiefs, et plus tard les préjugés attachés à la noblesse de race. Également inférieurs et soumis, ils furent confondus dans leur assujétissement et leur infériorité. Les légistes, qu'on aurait tort de considérer tous comme les soutiens de la liberté, furent, au contraire, d'ardents propagateurs des idées d'inégalité. Balde et Alexandre enseignèrent que les nobles pouvaient impunément frapper et blesser les hommes qui leur étaient soumis : *Tenet nobiles posse homines suos* MEDIOCRIBUS PLAGIS *afficere*. Je ne trouve per-

sonne qui ait relevé cette opinion servile et cruelle avant d'Argentré; ce jurisconsulte eut besoin d'un certain courage, encore au 16e siècle, pour écrire cette phrase : *Quæ sententia, præterquàm quòd nullo jure nititur, et tyrannidem resipit, non magnoperè probanda est ad intendendam ferociam hominum* PER SE PLUS SATIS INSOLENTIUM (1).

139. L'idée de noblesse s'attacha d'abord à la personne, mais elle eut une relation intime avec la terre, puisque le noble, *miles*, devait sa condition à la possession d'un fief lui donnant le droit et lui imposant l'obligation du service militaire. Les fiefs passant de main en main et anoblissant leur possesseur furent appelés naturellement des fiefs nobles (2).

Au contraire, les bénéfices à charge de rente, de culture ou de services corporels, furent des fiefs roturiers, parce qu'ils étaient livrés à des cultivateurs, *ruptuarii;* ou des fiefs vilains, parce que leurs possesseurs étaient habitants des *villæ*. En un mot, de même que tout homme non militaire de race ou de profession fut vilain, roturier ou censitaire, de même fief vilain, fief roturier, fief censuel, ce fut tout un.

On comprend maintenant très clairement dans quel sens Beaumanoir (*suprà*, no 132) parle d'héritages *tenus en vilenage*, et de vilains qui sont des vassaux ayant droit à la justice féodale, et par conséquent au jugement du suzerain lorsque leur seigneur immédiat leur faisait tort ou leur refusait la justice. Cette prérogative n'a rien de contraire à la règle de Défontaine, parce que le vilain dont parle Beaumanoir n'est pas celui dont parle Défontaine : le premier est un vassal roturier, possesseur d'une terre à charge de culture; le second est l'habitant de la *villa*, levant et coukant dans le territoire d'un justicier son juge souverain et sans appel.

140. Si la dénomination et l'oppression confondirent en une

(1) Cout. de Bretagne, art. 50, no 3.

(2) Qu'il ne faut pas confondre avec les fiefs de dignité, que j'ai définis plus haut, no 95.



seule classe tous ceux qui n'étaient pas nobles, ils n'en restèrent pas moins distincts entre eux ; les classifications établies par la législation romaine persistèrent pour la plupart, ou du moins conservèrent des marques efficaces de leur existence. Parmi les roturiers, il y eut des hommes libres et des esclaves ; cette division exista dans les villes et dans les campagnes : ainsi il y eut des bourgeois ingénus et des bourgeois serfs ; de même, parmi les vilains, il y eut des hommes francs et des hommes de condition servile. Ces derniers se subdivisaient en espèces dont il n'est pas facile de se faire aujourd'hui une idée exacte : les uns étaient proprement esclaves, et n'existaient qu'à l'état de chose ou de bétail ; les autres, sous le nom de mainmortables, ou sous des dénominations équivalentes, continuèrent l'esclavage mitigé des *coloni*, *inquilini*, *dedititii* ou *censiti*, libres ou attachés à la glèbe, des temps romains.

On retrouve cette distinction dans toutes les coutumes ; mais parfois elle y est clairement exprimée, parfois aussi elle n'est que supposée, et n'apparaît qu'autant qu'on se rappelle son existence.

Le servage appartient à un ordre d'institutions qui n'est ni le fief, ni la justice ; cette condition de l'homme asservi, réduit à l'état de chose ou de bétail, a son origine dans la nuit des temps. L'esclavage existait dans la société romaine ; il se retrouve chez les nations de la Germanie ; plus doux, moins odieux, plus humain chez les barbares que chez le peuple civilisé. Les causes de sa conservation et de son caractère, sous l'empire des institutions seigneuriales, sont absolument étrangères à mon sujet ; mais il était dans la nécessité de cette dissertation de faire observer que ni le justicier, ni le féodal, ne possédaient de serfs, en vertu du fief ou de la justice. On s'est étrangement mépris en supposant que le vilain était un serf esclave ou un vassal ; je viens de le prouver. L'erreur ne serait pas moins grave si l'on croyait que le serf était proprement un homme de pooste ou un homme de fief.

Le droit sur le serf, l'esclave, le mainmortable ou tout autre homme engagé dans les liens du servage, était un droit de propriété pur et simple. Sous ces noms divers, le serf était la chose de son maître ; ses biens appartenaient à celui-ci, qui pouvait les re-

prendre partout où il les trouvait, dans le domaine d'un féodal comme dans le territoire d'un justicier.

Il faut voir sur cette matière la coutume de Troyes, au titre *Des personnes*, et le savant commentaire de Pithou : entre le maître et le mainmortable, le législateur n'intervient que par le droit d'humanité ; les esclaves sont des hommes pour les rédacteurs des coutumes, qui sont chrétiens, et pourtant les règles qu'ils établissent n'ont rien à leurs yeux qui puisse déroger à l'exercice usité des droits du maître. Celui-ci doit user de son serf comme par le passé. L'art. 8 du tit. 1 confesse ainsi l'impuissance de la loi :

« Et pour la diversité des droits desdites servitutes que les » seigneurs prétendent sur lesdits hommes, n'y a coutume géné- » rale, mais est réservé aux seigneurs jouir et user sur leurs su- » jets de tels droits de servitutes qui leur peuvent compéter et » appartenir, et à leurs sujets leurs défenses au contraire (1). »

La diversité que reconnait la coutume de Troyes entre les droits des divers seigneurs sur leurs serfs est plus grande encore de coutume à coutume : dans les unes, la taille, c'est-à-dire l'obligation du servage en quoi qu'elle consiste, ne s'attache qu'à sa possession, à sa terre, à sa maison ; dans d'autres, c'est à son domicile, et l'homme libre qui vient s'établir dans tel lieu est, après un certain temps, infecté d'esclavage comme d'un mal endémique et contenu dans l'air qu'on y respire ; ailleurs c'est le corps du serf qui est affecté de la servitude ; sa personne est à son maître, qui le saisit partout où il se trouve ; c'est la loi commune du Nivernais, suivant l'énergique et sauvage expression de Coquille : « Les serfs du Nivernais portent avec eux leur servitude » attachée à leurs os, qui ne peut tomber pour secouer (2). »

141. De ce que le servage constituait, au profit des maîtres, un droit de propriété, il s'ensuit que, dans les concessions féo-

---

(1) Le procès-verbal nous apprend que cet article, mis par Pithou à la fin des règles concernant les mainmortables, avait été placé, par les rédacteurs de la coutume, en tête de cette matière, comme pour la dominer plus sûrement.

(2) Institutions au droit français, *Des servitudes personnelles*.

dales, le serf, comme le bétail, comme les meubles, comme la terre elle-même, faisait partie du fief; c'est aussi ce qu'écrit Beaumanoir, chap. 45, nº 25 : « Le droit que j'ai sur mon serf » est du droit de mon fief. » Le vassal ou le censitaire n'avait sur lui qu'un droit de domaine utile, c'est pourquoi il ne pouvait l'affranchir ou alléger en aucune façon les liens de servitude sans le consentement du seigneur dominant et successivement de tous les seigneurs supérieurs, jusqu'au suzerain propriétaire de la directe. Le vassal ne pouvait que renoncer à son droit sur eux, mais alors le domaine utile se consolidait aux mains du seigneur supérieur qui acquérait sur le serf le *dominium plenum*. C'est ce qu'explique Beaumanoir, *eod. loc.* : « Si j'ai mes serfs, » lesquels je tiens de seigneur, et les franchis sans l'autorité » de mon seigneur, je les perds... et si suis encore tenu à amende » faire à mon seigneur de ce que je li avais son fief apetitié.... » Lorsque les domanistes eurent constitué le roi souverain fieffeux du royaume, les affranchissements de serfs durent remonter de seigneur en seigneur jusqu'à lui. Peu à peu les agents du fisc parvinrent à écarter l'intermédiaire gênant de la hiérarchie, et, sous prétexte d'humanité (1), le bénéfice de l'émancipation fut immédiatement dévolu au roi.

Pour posséder un serf il n'était pas nécessaire d'être engagé dans les liens du fief; de même qu'il existait des terres possédées en dehors de la seigneurie, de même des esclaves étaient la propriété d'hommes qui n'étaient ni vassaux ni censitaires. Les serfs mêmes pouvaient être propriétaires de serfs et en disposer suivant la mesure de leur capacité, relativement à la propriété des choses mobilières. En lisant attentivement les textes coutumiers relatifs à la servitude personnelle, on reconnait aisément que le nom de seigneur donné au maître du serf ne se rattache à aucun

---

(1) « *Par humanité*, dit de Laurière, sur la règle 73 de Loysel, liv. 1, » tit. 1, on introduisit en faveur des serfs qu'ils ne paieraient plus finance » aux seigneurs médiats, et qu'en cas d'affranchissement *ils seraient dévolus* » *de plein droit au roi*, comme souverain fieffeux. C'est la décision précise de » l'art. 14 de la coutume de Vitray et 58 de celle de Meaux. » Cet acte de générosité ne coûtait pas cher à sa majesté.

des systèmes du fief ou de la justice, mais est l'expression du droit de propriété. Le seigneur justicier pouvait avoir des serfs sous lui, mais alors c'était en tant que propriétaire, et non comme justicier.

Cependant certaines dispositions locales attribuent formellement au justicier un droit sur les serfs ou mainmortables, droit qui paraît tenir de la nature de son pouvoir plutôt que du fief ou de la propriété. J'ai déjà expliqué l'origine de ces droits qui se rapportent à l'administration des justiciers privés (n°123).

---

§ III.

DES CORVÉES, DU SERVICE MILITAIRE ET AUTRES OBLIGATIONS PERSONNELLES.

SOMMAIRE.

142. De l'origine des corvées.
143. Des *veredi* et *paraveredi*.
144. Des autres obligations du *census publicus*; de leur persistance dans les droits féodaux.
145. Du droit de gîte et du cheval de fief.
146. Des autres espèces de services personnels.
147. Des tailles personnelles et réelles.
148. De l'exemption des nobles à l'égard des corvées.
149. Du service militaire.
150. Le l'ost et de la chevauchée.

142. L'administration romaine n'exécutait point par elle-même ou par ses agents les différents travaux exigés par le service public ; c'était à l'impôt qu'elle en demandait l'exécution.

L'endiguement des rivières, la construction des ponts, l'entretien de la voie publique, la construction et la réparation des édifices, palais du prince, relais de poste, maisons de charité, tribunaux, églises, se faisaient toujours par corvées; c'étaient les contribuables qui, après avoir livré au fisc leurs denrées et leur argent, étaient encore dans l'obligation de mettre leurs bras à son service (1).

Ces travaux publics imposés aux contribuables ont engendré, soit directement, soit par abus et extension, les obligations personnelles reconnues par les coutumes au profit des seigneurs justiciers, sous le nom général de corvées, et sous des noms particuliers, plus ou moins rapprochés de ceux que portaient les diverses branches du service romain.

Les expressions consacrées par la loi romaine au service des transports étaient *angaria* ou l'obligation de fournir des chars et de les conduire, *veredi*, *agminales*, *equi vel mulæ*, bêtes de somme ou chevaux de monture, *mansiones*, *hospitalura*, la charge de recevoir et de loger soit les fonctionnaires, soit les soldats (2). Les mêmes obligations se retrouvent dans la nomenclature des droits de justice seigneuriaux, sous la dénomination de charrois, palefrois ou chevaux de service, et droits de past et de gîte. Il est facile d'en suivre la filiation et la suite non interrompue de Théodose au quinzième siècle.

On lit dans la loi 18 *ff.*, *De muner. et honor.*, que l'*angaria* est une charge patrimoniale : *Ex his muneribus possessionibus indicuntur*, *veluti agminales*, *equi vel mulæ*, *et angariæ atque veredi.....* Le même mot se lit dans de nombreux textes des codes de Théodose et de Justinien.

Le même nom exprime le même impôt dans la loi des Bavarois (1, 14, 4) : *Angarias cum carro faciant;* dans la loi des Visigoths, lib. 5, tit. 5, § 3, et dans la formule 1 du liv. 1 de Marculfe. Au neuvième siècle, une loi de Charlemagne et des récla-

(1) Lehuérou, *Instit. carol.*, p. 198.

(2) Voy. le titre du Digeste, *De muneribus* et *honoribus*, où toutes ces expressions se trouvent avec l'explication de leur valeur.



mations adressées à ce prince par les évêques témoignent de l'existence de cette redevance fiscale, et en même temps de l'abus que commettaient les comtes et autres justiciers en employant à leur usage particulier les redevances publiques.

Dans le polyptique ou terrier de l'abbaye de Saint-Germain-des-Prés, dressé sous Charlemagne par les soins de l'abbé Irminon, les *angariæ* ont le même objet, mais l'abbaye les emploie à son service particulier. Elles y reçoivent également le nom du *carroperæ*, ou *curvada in carro*, expressions qui servent évidemment de transition au terme charrois consacré par la langue féodale (1).

Les charrois sont dus tantôt par des esclaves, tantôt par des colons, tantôt par des hommes libres. L'abbaye de Saint-Germain jouissait de l'immunité, et par conséquent des droits de justice et tributs imposés aux hommes et possesseurs habitant l'enclave de ses possessions. M. Guérard transcrit en note (2) une pièce du dixième siècle qui prouve clairement que l'obligation des angaries était acquittée par des hommes libres. On y apprend, en effet, que pour la remplir les pauvres, *minores homines*, empruntaient de l'argent et engageaient leur personne à la sûreté du paiement : *Sin autem, aut ipse, aut uxor ejus, aut infans ejus, si fortè ab eis non redditur pretium, maneant in servitio feneratori.* Si le débiteur de l'*angaria* eût été déjà dans les liens de la servitude, il n'eût pu garantir son obligation par l'engagement de sa liberté. D'ailleurs, sous la domination romaine, c'était aux hommes libres que s'appliquait le tribut des transports, et la loi des Visigoths le suppose également, lorsqu'elle interdit aux justiciers de l'appliquer à leurs usages : *Nullis indictionibus, exactionibus, operibus, vel angariis, comes, vicarius, vel villicus, pro suis utilitatibus populos aggravare præsumant* (3). Les *angariæ* sont ici considérées comme l'impôt en argent, *indictio*, ou en nature, *exactio*, et se percevant sur le peuple, *populos*, expression qui n'a jamais signifié l'esclave.

---

(1) Voy. le travail de M. Guérard, t. 1, p. 795.

(2) P. 800, note 6.

(3) Lib. 12, 1, 2.

Impôt sous la législation romaine, l'*angaria* conserva le même caractère sous l'administration barbare, quel que fût l'emploi ou l'abus que le comte en pût faire. On doit s'attendre à retrouver cette redevance parmi les droits de justice des temps seigneuriaux ; et en effet c'est avec ce caractère qu'en 1291 nous la trouvons reclamée dans l'arrêt suivant : *Comes forensis remanebit in saisinâ justiciandi in villis de Poilli, capiendi talliam, charreium et corveias in hominibus dictarum villarum* (1).

Le mot *angaria* se rencontre encore dans des actes fort récents dans les temps féodaux, et très fréquemment pour exprimer la redevance de charrois. Salvaing cite deux actes où il se lit : l'un du 12 juin 1319, l'autre du 27 août 1363. C'est montrer assez que le même terme a exprimé la même chose depuis les textes de Théodose jusqu'à la rédaction des actes en langue française.

Dans les conventions citées par Salvaing la redevance est manifestement justicière, et dans la législation coutumière elle eut constamment cette nature.

143. Les *veredi* ou *paraveredi* cessèrent d'être appliqués aux postes publiques lorsque l'autorité centrale disparut ou s'affaiblit. Le diplôme de 844, en faveur des Espagnols, suppose également que cette redevance était exigée par les comtes, avec tous les autres droits de justice ; c'est ce qui résulte de l'interdiction expresse qu'il leur adresse à cet égard : *Neque eos sibi vel hominibus suis aut* MANSIONATICOS *parare, aut* VEREDOS *dare, aut ullum censum vel tributum, aut servitium... præstare cogat* (2).

Sous la législation romaine, les *angariæ* et les *veredi* étaient imposés à raison des possessions, *possessionibus*, ainsi qu'on l'a vu plus haut; dans le Polyptique d'Irminon, c'est également à raison des manses que l'obligation existe. M. Guérard (3) fait

(1) *Olim*, t. 2, p. 324, n° 3.
(2) Baluze, t. 2, p. 28.
(3) T. 1, p. 820.

remarquer que toutes ces manses sont ingénuiles, ce qui démontre que dans ces propriétés la redevance tirait son origine de l'impôt. J'ai vu un aveu de 1350 dans lequel il est fait mention de l'obligation de fournir un cheval, par les habitants d'un village, à raison d'un marais, obligation récemment alors convertie en une rente de 30 sols (1). Cette rente était due au seigneur justicier avec d'autres redevances censuelles ayant évidemment le même caractère.

144. J'ai parlé plus haut (nº 116) de la *tractoria* ou lettre dont le *missus* était nanti pour se faire fournir tout ce qui était nécessaire à son voyage, au transport, nourriture, logement de sa personne et de sa troupe. Voici la formule de cet ordre ; il est inutile de faire observer que la quotité des fournitures variait suivant l'excellence du personnage.

La lettre est adressée aux justiciers, *omnibus agentibus* :

« ..... Inlustri viro illo partibus iliis legationis causa direximus ; ideò jubemus ut locis convenientibus eisdem à vobis evectio simul et humanitas ministretur, hoc est veredos sive paraveredos, pane nitido modios tantos, vino modios tantos, cerevisiâ modios tantos, lardo libras tantas, carne libras tantas, porcos tantos, porcellos tantos, vervices tantos, agnelos tantos, aucas tantas, fasianos tantos, pullos tantos, ova tanta, oleo libras tantas, garo libras tantas, melle tantas, aceto tantas, cymino libras tantas, pipere tantas, costo tantas, gariafile tantas, spico tantas, cinamo tantas, granamortici libras tantas, dactylos tantas, pistacias tantas, amandolas tantas, cereos librales tantas, caseo libras tantas, salis tantas, oliva, legumina, ligno carra tanta, faculas tantas, itemque victum ad caballos eorum, feno carra tanta, suffuso modios tantos. Hæc omnia diebus singulis tàm ad ambulandum quàm ad nos in Dei nomine revertendo unusquisque vestrum per loca consuetudinaria eisdem ministrare et adimplere procuretis, qualiter nec

(1) Le marais s'appelle encore aujourd'hui marais du cheval, et appartient au même village.

» moram habeant, nec injuriam perferant, si gratiam nostram » optatis habere (1). »

Au neuvième siècle, l'usage des *tractoriæ* s'était perpétué, mais alors il en était fait l'immense abus que j'ai signalé ; le comte autorisait ses hommes et ses amis à voyager aux dépens des justiciables. Hincmar cherchait à réprimer ce désordre dans une lettre adressée à l'évêque Hédulf : *Ne mansionaticos suis amicis aut suis hominibus à presbyteris parari faciat. Ne etiam quasi ad receptionem regis vel legationem, adjutoria quasi petendo, potiùs autem exigendo, denarios vel caballos, aut verres seu friskingas, aut ad iter aliquod paraveredos, aut alia qualibet accipiat, id est rapiat* (2).

Vainement les capitulaires s'efforcèrent d'arrêter les abus du *census publicus* et l'exagération des exigences dont j'ai déjà parlé (nº 117), elles prirent consistance de plus en plus et passèrent bientôt en coutume, comme le vol des chevaux de prestation.

Elles se retrouvent identiques aux temps seigneurlaux, sous les noms de *past* ou de *giste;* déjà dans les actes des huitième et neuvième siècles elles avaient été qualifiées de *pastus* et de *gista*. Des titres des dixième et onzième siècles les rangent sous ce nom au nombre des droits de justice et parmi les obligations cou-

---

(1) Formul. de Marculphe, liv. 1, nº 11. Trad. : « Nous avons envoyé un » tel, homme illustre, dans telle partie, pour y exercer sa mission. C'est pour» quoi nous ordonnons que, dans les lieux convenables à ses fonctions, vous » lui fournissiez en même temps le transport et la nourriture, savoir : des » chars ou des chevaux, tant de mesures de pain blanc, tant de vin, tant de » bière, tant de livres de lard, tant de livres de viande, tant de porcs, tant de » cochons de lait, tant de brebis, tant d'agneaux, tant d'oies, tant de faisans, » tant de poulets, tant d'œufs, tant de livres d'huile, de garus, de miel, de vi» naigre, de cumin, de poivre, de baume, de girofle, de muscade, de canelle, » de dattes, de pistaches, d'amandes, d'abricots, de fromage, de sel, de légu» mes, de charretées de bois, de torches ; en outre, pour la nourriture de leurs » chevaux, tant de charretées de foin, tant d'avoine. Ayez soin de faire donner » toutes ces choses par chaque jour, tant pour l'aller que pour le retour, et » dans les lieux accoutumés, de manière que notre envoyé n'éprouve aucun » retard et ne souffre aucun tort, si vous désirez jouir de notre faveur. »

(2) Baluze, t. 2, p. 624.

tumières (1). Au douzième siècle, cette contribution accidentelle est déjà quelquefois changée en une redevance périodique ; ainsi, dans une charte de 1102, la *frescinga* est remplacée par un droit appelé *frescengagium* ; le past est payé en une somme d'argent, et le tout est expressément attribué à la justice avec les amendes de vol et de meurtre : *Hæ sunt autem quæ ad* VIARIAM *pertinebant : duo bosselli avenæ, obolus* PRO PASTU, PRO FRESCENGAGIO *una gallina, sanguis, multrum, latro et quidquid justè vel injustè exigere potest dominus ab hospite sub viariâ constituto* (2).

Enfin, au seizième siècle, le même droit persiste avec le même nom et la même nature. Une charte de 1553 est ainsi conçue : « *Item*, compète et appartient audit seigneur un autre droit appelé le droit de *fressenge*, à cause duquel il a droit de prendre » par chacun an sur tous et chacuns *les manans et habitans* demeurant au terrouer du Boiscouteau, ayant pourceaux..., deux » sols tournois (3). »

Ainsi dans le *cursus publicus* rien n'est perdu : les comtes barbares et les justiciers seigneuriaux en ont soigneusement conservé tous les éléments ; ils ont pu changer de forme sous leurs mains, s'exagérer, puis se régler et se convertir en redevances ; mais ils ont toujours la même cause et la même origine ; c'est toujours le même droit, et les traces de leur filiation persistent jusqu'au dernier moment de leur perception.

Cette origine de certaines redevances coutumières n'a point échappé à Chantereau-Lefèvre, qui la retrace ainsi, dans son Traité des fiefs, p. 152 : « La levée pour les *missi dominici* était » extraordinaire ; mais celle du comte était ordinaire, laquelle » par succession de temps est devenue une charge annuelle sur » les héritages, d'un, deux, trois, jusqu'à six deniers par arpent, » et des poules et des chapons, et de certaine quantité de blé, » d'orge et d'avoine ; même des œufs, ainsi qu'en beaucoup d'en» droits de France, qui est la vraie origine des censives et droits

(1) Ragueau, v° *Giste*.

(2) Ragueau, v° *Frenasge*.

(3) *Ibid.*

» seigneuriaux, qui ont retenu le nom de coutumes à cause qu'il » n'y a point eu d'autre droit pour les lever que la coutume (1). »

145. Quoique la plupart des droits de giste, de past, de chevaux et de charrois fussent des droits de justice, on en trouve néanmoins parfois qui appartiennent à des seigneurs féodaux et même à des propriétaires dont le titre n'a rien de seigneurial. Il est évident que ces obligations ont été stipulées à l'imitation des redevances justicières; j'ai vu dans un acte de partage de 1619, entre simples particuliers, le droit appartenant au possesseur du domaine d'être hébergé par les tenanciers, convenablement logé et nourri pendant un ou deux jours, avec ses chevaux et ses valets. Cette redevance, avec celles moyennant lesquelles les terres avaient été afféagées, a été considérée comme comprise dans les droits féodaux abolis et ne consistait assurément, comme ces dernières, que dans une rente rachetable.

Il ne faut pas non plus confondre les chevaux dont l'obligation dérivait de l'impôt romain, et appartenait en conséquence au justicier, avec la redevance féodale et militaire du roussin de service dont les coutumes font mention (2); cette dernière était une des stipulations du contrat de fief; elle obligeait souvent le redevable à monter lui-même le cheval ou à fournir le chevalier qui devait remplir le service militaire; elle différait essentiellement de celle du *manant* ou *habitant;* celui-ci ne devait que le transport, *cursus*, et, une fois cette obligation accomplie, son cheval devait lui être rendu; déjà sous la domination romaine on voit que les *judices* abusaient de cette redevance en s'appro-

---

(1) Le lien qui rattache les corvées justicières aux obligations du *cursus publicus* est singulièrement manifesté par le motif traditionnel que les seigneurs donnaient à ces corvées, et que Chopin nous a conservé : « Les sei- » gneurs des villages, dit-il, sur la coutume de Paris, liv. 1, tit. 3, n° 23, exi- » gent des paysans et laboureurs telles corvées, charrois et avenages, sous » prétexte qu'ils disent qu'ils les déchargent des gendarmes, et empêchent » qu'ils ne les logent en leurs villages et maisons, et qu'ils ne contribuent à la » nourriture d'iceux. » Le *munus hospitaturæ* ou logement militaire faisait partie du *cursus publicus*.

(2) Voy. Ragueau, à ce mot.

priant les animaux fournis par les redevables; les justiciers barbares ou seigneuriaux ne perdirent pas une si profitable habitude, et les monuments du moyen âge révèlent fréquemment cette déprédation qui ne fut jamais convertie en droit (1). Le cheval féodal resta donc toujours distinct du cheval justicier, en ce que le premier devenait la propriété du seigneur, tandis que le second ne devait servir qu'à un transport déterminé. Ce dernier a été presque partout remplacé par des redevances, mais les charrois sont demeurés et leur obligation est restée partout un droit de justice.

146. Les autres sortes d'obligations de faire, imposées aux sujets des justiciers, ont plutôt pour cause première l'abus que le droit; le comte romain, juge des redevances et des tributs à payer par les colons et les contribuables, s'en appliquait fréquemment le profit. Le Code de Justinien contient un titre entier destiné à la répression de cet abus : *Ne rusticani ad ullum obsequium devocentur*, dont la loi 2 est ainsi conçue : *Si quis eorum, qui provinciarum rectoribus obsequuntur, quique in diversis agunt officiis principatûs, et qui sub quocumque prætextu publici muneris possunt esse terribiles, rusticano cuipiam necessitatem obsequii, quasi mancipio sui juris imponant, aut servum ejus, vel fortè bovem in usus proprios converterint, ablatis omnibus facultatibus, perpetuo subjugentur exsilio.* Il est évident que la peine était trop grave pour qu'elle fût jamais appliquée à un homme puissant.

Aussi l'abus se retrouve en pleine activité dans les mains des comtes barbares, ainsi que l'atteste la loi des Lombards, liv. 3, tit. 12, l. 1 : *Audivimus etiam quòd juniores comitum, vel aliqui ministri reipublicæ, sive etiam nonnulli fortiores vassi*

(1) Louis VIII, en 1223, fait jurer sur les saints Évangiles à son grand-maréchal qu'il ne retiendra pas les chevaux que les particuliers seront obligés de lui fournir pour l'exercice de sa charge : *Notum facio... me super sacro-sancta jurasse ipsi domino regi, non quòd retinebo equos, nec palefridos, nec runcinos redditos ad opus meum ratione ministerii mei.* Brussel, t. 1, p. 630.

comitum, aliquas redhibitiones, vel collectiones, quidam per pastum, quidam sine pasto, quasi deprecando à populo solent exigere; similiter quòd operas, collationes frugum, arare, seminare, runcare, carucare, vel cætera his similia, à populo per easdem, vel alias machinationes exigere consuevêre.

Déjà ces exigences sont passées en usage au temps de Charlemagne, *exigere consuevêre*; et, en effet, les deux textes qui précèdent donnent près de quatre siècles d'existence à ces actes d'oppression. Ils devaient donc se retrouver parmi les coutumes des temps féodaux, et en effet ils s'y rencontrent réglés, reconnus et légitimés par les dispositions coutumières, et partout au profit du justicier.

« Homme sujet en justice, porte l'art. 339 de la coutume de » Bourbonnais, tenant feu, doit, pour raison de la haute justice, » s'il a bœufs et charrettes, trois charrois l'an; et, s'il n'a bœufs » ou bétail trayant à charrette, il lui doit trois corvées l'an, où il » plait au seigneur de l'employer, en sa justice ou hors, et doit » icelui trois corvées faire, de soleil levant à soleil couchant..., et » ne peuvent lesdits seigneurs contraindre leurs sujets faire » charrois pour autres que pour eux et leurs affaires... »

147. Les feudistes du 18e siècle semblent avoir pris à tâche de justifier les corvées seigneuriales et de les rattacher exclusivement à des stipulations d'affranchissement ou de fermage; ils ont pris sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, l'espèce particulière pour la règle générale.

Sans doute des propriétaires de serfs en les affranchissant ont pu se réserver des services de cette nature; la législation romaine en avait donné l'exemple, au titre du Digeste, *De operis libertorum*, et l'usage a pu se perpétuer. Guyot (1) cite une charte de 1354, dans laquelle le duc de Choiseul déclare affranchir les habitants et se réserver des corvées déterminées, qui furent au 18e siècle l'objet d'un procès; sans doute encore de pareilles obligations ont pu être stipulées comme prix ou charges de concessions

(1) T. 1, p. 239.

convenancières ; on en trouve parfois dans les usages du domaine congéable, et on en rencontre encore aujourd'hui dans une multitude de baux ; mais ce ne furent pas les causes les plus générales des corvées.

Une circonstance particulière du droit des corvées manifeste l'origine de cette redevance : lorsque les jurisconsultes furent appelés à systématiser le régime des fiefs et les institutions que les coutumes constituaient, ils trouvèrent des corvées affectant les personnes, comme la servitude, et dont le débiteur ne pouvait se dégager par l'abandon de son bien ; puis d'autres dont au contraire on se libérait en déguerpissant l'héritage à raison duquel elles étaient exigées ; les premières ne s'exerçaient que sur des personnes de condition sinon servile, du moins inférieure ; les autres devaient être acquittées par tout possesseur du bien grevé, sauf à se faire remplacer si l'office lui paraissait dégradant. Cet état de choses existait par la force de la coutume comme tout ce qui tenait aux justices. Les feudistes, en conséquence, distinguèrent des corvées personnelles et des corvées réelles, les unes affectant la personne, d'autres le bien seulement (1), mais ni les uns ni les autres n'expliquent la cause et l'origine de cette distinction.

La coutume de Bourbonnais en rendait compte très clairement. Elle reconnaissait trois sortes de corvées : 1° la taille ou corvée personnelle ; suivant l'art. 202 : « ladite taille est serve et » la personne qui la doit est serve et de serve condition ; » 2° la corvée justicière, laquelle était due « pour tout homme sujet » en justice faisant feu » (art. 339 sustranscrit) ; 3° la taille ou corvée réelle, due, aux termes de l'art. 488, « pour raison et à » cause des terres et héritages. »

Les corvées personnelles étaient celles que devaient et qu'ont dues dans tous les temps les serfs ; la loi s'en expliquait très clairement ; le chapitre entier de la taille personnelle était consacré au servage. Cependant cette taille pouvait être due par une per-

(1) Voy. Guyot, t. 4, p. 246, et les auteurs qu'il cite. Voy. aussi Delaurière sur Loysel, liv. 6, tit. 6, règl. 8.

sonne franche en prouvant par elle sa franchise, ce qui se rapportait évidemment aux corvées d'affranchis (art. 189).

Les corvées réelles étaient non moins évidemment, une obligation contractuelle et dérivant d'une concession de tenure. Le débiteur est qualifié tenancier dans tout le chapitre des tailles réelles, et les conditions de sa possession font l'objet de ce chapitre: d'ailleurs l'art. 489 porte formellement qu'elles sont droit « de » directe seigneurie (1). »

Il demeure donc certain que les corvées justicières ne dérivaient ni du servage, ni de la tenure ou du fief; elles appartenaient au justicier à un autre titre, c'est-à-dire à celui auquel se rattachaient tous les droits de justice, à l'impôt romain légitime ou abusif.

148. La règle qui affranchissait les nobles de toute obligation justicière formait le droit commun du royaume ; partout les nobles sont exempts des corvées justicières : « Noble n'est tenu de » faire viles corvées à son seigneur, » dit Loysel, liv. 6, tit. 6, reg. 8.

Mais Delaurière ajoute immédiatement : « Cela est vrai quand » les corvées sont personnelles; mais si elles sont réelles, ou » dues à cause des fonds, les nobles qui possèdent ces fonds doi» vent payer l'évaluation des corvées ou donner un homme qui » les fasse. »

L'observation de Delaurière est confirmée par les rédactions successives de l'art. 91 de la coutume de Bretagne : l'art. 95 correspondant de l'ancienne portait : « Noble homme n'est tenu » de faire à son seigneur villes corvées, mais est tenu lui aider » aux armes et autres aides de noblesse. » Ici se retrouvent très exactement les conditions de l'anoblissement conféré par le baron de Sassenage (n° 137).

(1) Tel est, par exemple, l'acte de précaire passé par le monastère de Saint-Gall, cité par M. Laboulaye, *Droit de propriété*, p. 384, et dans lequel les preneurs se soumettent aux mêmes obligations que les justiciables libres : *Et sicut alii liberi homines servilia opera nobis exhibent, ita et illi similiter et illorum posteritas faciat.*

Mais, à côté des corvées justicières, existaient des corvées convenancières (n° 147), attachées à la possession de la tenure et constatant la directe aux mains du seigneur. L'art. 341 prévoyait ce cas; les deux dispositions furent fondues dans l'art. 91 de la nouvelle coutume ainsi conçu :

« Noble homme n'est tenu faire à son seigneur viles corvées » en personne; mais est tenu pour sa terre noble lui aider aux » armes et autres aides de noblesse, et s'il possède des terres » roturières, dont soient dues viles corvées, il sera tenu bailler » hommes pour les faire. »

Cette rédaction est très explicative; il est évident que l'exemption des corvées ne s'applique qu'aux corvées non convenancières, c'est-à-dire à celles qui ne dérivent que de la justice. Si le tenancier noble n'est pas tenu de faire la corvée en personne, ce n'est pas qu'il en soit exempt, car la règle justicière puisée dans les lois romaines ne peut le protéger dans ses rapports de tenancier; c'est par une considération d'un ordre récent, puisée dans la hiérarchie féodale et que nous verrons reparaître plus tard. Ce que l'art. 91 dit de tout homme noble, la très ancienne coutume, art. 261 et 341, le disait du seigneur suzerain, qui ne pouvait décemment remplir des obligations inférieures envers son vassal. Cette raison s'étendit à toute personne noble, et Chopin, copiant Balde, en fait l'unique motif de l'exemption dont il s'agit (1).

149. Parmi les aides de noblesse qu'aux termes de l'art. 91 de la coutume de Bretagne le noble doit faire à son seigneur pour sa terre noble, nous voyons figurer au premier rang l'obligation des armes, ou, comme l'exprime la règle de Loysel, celle « de le » servir en la guerre (2). »

Le service militaire était en effet la condition originaire de toute concession bénéficiaire : *Quicumque beneficia habere videntur, omnes in hostem veniant*, porte un capitulaire de 812,

(1) Voy. les notes d'Hévin sur l'art. 91 de la coutume de Bretagne.
(2) Voy. les *Questions féodales*, p. 356.

c. 1. L'obligation de suivre son *senior* à l'armée, de prendre part à toutes ses querelles et de l'assister dans ses guerres privées, était le principe et pour ainsi dire le fondement de l'institution essentiellement guerrière du séniorat. Lorsque, plus tard, les bénéfices se divisèrent en fiefs et en censives, le vassal noble, ou possesseur du fief, fut seul appelé à concourir aux expéditions de son seigneur; le censitaire fut chargé de subvenir aux besoins de l'armée féodale et fut exempt du service militaire à raison du fief.

Mais à côté du service féodal existait le service public imposé à tout homme libre, ayant caractère de contribution générale, et constituant l'obligation de marcher à la défense du pays contre l'ennemi commun.

L'exécution de cette dernière redevance rentrait dans les fonctions du comte: *Sicut cæteri liberi homines*, porte le précepte des Espagnols déjà cité, *cum comite suo in exercitum pergant et in marchâ nostrâ juxta rationabilem ejusdem comitis ordinationem explorationes et excubias, quod usitato vocabulo wactas dicunt, facere non negligant.*

Ce service prescrit et poursuivi par le comte faisait partie des obligations justicières, et ce qui prouve manifestement que ce n'était pas à son égard un service bénéficiaire ou féodal, c'est qu'il s'en faisait un moyen de forcer le possesseur libre de s'engager envers lui dans les liens du séniorat, en lui recommandant sa propriété: *Illum semper in hostem faciant ire usquedùm pauper factus nolens volens suum proprium tradat aut vendat* (1).

Les capitulaires témoignent de grands efforts pour concilier le double service de l'homme tenu comme justiciable et comme vassal. Sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, la puissance publique succomba; une proclamation de Charles-le-Chauve constate déjà la supériorité de l'intérêt seigneurial: *Volumus ut cujuscumque nostrûm homo, in cujuscumque regno sit, cum seniore suo in hostem vel aliis suis necessitatibus pergat; nisi talis regni invasio quam lantweri dicunt, quòd absit acciderit,*

(1) Baluze, 1-485, cap. 811, n° 3.

ut omnis populus ILLIUS REGNI AD EAM REPELLENDAM COMMUNITER PERGAT (1).

Déjà l'obligation publique n'est plus qu'en seconde ligne et casuelle.

Les seigneurs, réunissant le fief et la justice, assujétirent indifféremment leurs hommes de fief et leurs hommes de justice au double service ; cependant, tant était profonde la séparation de ces deux institutions, les obligations diverses n'ont jamais cessé d'être distinctes.

150. L'obligation justicière, exercée par le comte et moyennant le ban, *per bannum ad hostem*, continua de recevoir le nom d'ost ; la redevance féodale fut plus particulièrement connue sous le nom de *chevauchée.* L'ancienne coutume d'Anjou signalait cette distinction : « Il y a, disait-elle, différence entre » houst et chevauchée ; car houst est pour defendre le païs qui » est pour le proufit commun, et chevauchée est pour défendre » son seigneur. » Néanmoins les anciens titres font souvent confusion à cet égard.

Les deux actes suivants distinguent également les deux espèces de services. Le premier est un accord entre le roi Philippe et l'abbé de Saint-Germain-des-Prés, de l'an 1270 : *Intra metas superiùs nominatas habebunt dicti religiosi ex nunc in perpetuum omnimodam justitiam altam et bassam, nihil nobis et successoribus nostris juris... retento, excepto gueto, talliâ, exercitu, cavalcatâ et banno* (2). C'est évidemment un partage des droits de justice.

Le second consiste dans un arrêt de 1294, ainsi conçu : *Dominus rex remanebit in saisinâ percipiendi exercitum seu servitium exercitûs ab abbate Sancti Savini, racione homagii et juramenti fidelitatis quæ ab abbate fiunt domino regi* (3). Ici le service militaire est dû par la même cause que la foi et hommage ; c'est une obligation de fief.

---

(1) Baluze, 2-44.

(2) Galland, p. 250.

(3) *Olim*, t. 2, p. 374, n° 14.

Dans les dixième et onzième siècles, le service militaire des justices se fit au profit du comte qui continua de représenter le profit commun ; tous les justiciers eurent le droit de l'exiger de leurs sujets ; les immunistes qui avaient pu le faire comprendre dans leur immunité l'exercèrent également.

Le service justicier comprenait lui-même deux sortes d'obligations : celle d'aller à la guerre, et celle de garder les propriétés publiques contre les voleurs et les entreprises particulières. Le premier, inutile aux établissements ecclésiastiques, fut promptement converti par eux en redevances appelées *ad hostem*, ou *hostilitium*, et même, comme l'amende exigée par le comte de celui qui manquait au service de l'armée, *heribannum* (1). Les comtes et autres justiciers le conservèrent plus longtemps en nature, tant qu'ils en eurent besoin dans leurs guerres privées et leurs expéditions de brigandage (2). Ils finirent également par les convertir en redevances auxquelles ils imprimèrent le plus souvent le caractère féodal.

En dehors des guerres privées, les nécessités de la police se firent longtemps ressentir ; en conséquence, l'obligation des patrouilles et de la garde du château, appelées, dans le précepte des Espagnols, *explorationes et excubias*, se maintint longtemps et prit le nom général de guet, *usitato vocabulo wactæ*. Le droit de guet s'exerçait encore lors de la rédaction des coutumes; celles de Châlons, de Tours, de Lodunois, de Bourbonnais et de Bretagne mentionnent cette obligation et en font un droit de justice.

Ce fut de droit commun le caractère du guet, et la coutume d'Auvergne, chap. 25, art. 17, qualifie de *sujets guettables* les hommes qui le doivent. Loysel range cette obligation parmi les corvées : « Corvées, tailles, guets et gardes n'ont point de » suite (3). » Enfin ce qui achève de constater sa nature justicière,

(1) Guérard, t. 1, p. 660 et suivantes.

(2) On peut voir, au registre des *Olim*, de nombreux exemples d'expéditions à main armée, faites par des évêques et des abbés justiciers, sur les territoires voisins, au mépris des défenses du roi.

(3) Liv. 6, tit. 6, règl. 10.

c'est que partout les nobles en furent exempts, tandis que le service féodal était la condition constitutive et essentielle de leur noblesse.

Cependant la plupart des justiciers convertirent leur droit de guet en rentes qu'ils qualifièrent féodales ; dans certaines localités cette qualité leur fut vivement contestée par les nobles, intéressés à ne pas voir constituer des obligations justicières en redevances de fief, dont ils n'eussent pas été exempts (1) ; dans d'autres la conversion fut interdite. Le duc de Bretagne ordonna, en 1480, « que ce qui a été levé par manière de ferme de guet » ne pourra être attribué à rente, à dû ou à possession de rente. » Néanmoins une ordonnance de François Ier de 1585 suppose que l'obligation du guet s'était convertie en un cens que le roi réduit de 6 sols à 5, en ordonnant de le prélever à son profit. Et à la fin du dix-septième siècle Hévin débattait la nature de ce droit contre les agents du domaine qui le prétendaient féodal. « Cet article, dit-il, parle des subsides ou secours dus au seigneur, non à raison de la tenue féodale, mais par tous les habitants et demeurants dans les métes de la seigneurie ; et le guet » est un secours de cette nature (2). »

(1) Notamment à l'égard du vingtain, dans le Dauphiné. V. Salvaing.
(2) *Questions féodales*, p. 225.

CHAPITRE VII.

DES DROITS DE FIEF ET DE JUSTICE A L'ÉGARD DU SOL.

§ Ier.

DU DOMAINE FÉODAL ET DU TERRITOIRE JUSTICIER.

SOMMAIRE.

151. La propriété du sol résidait dans le fief et non dans la justice.
152. De la justice dans ses rapports avec le sol suivant les anciens feudistes.
153. Des domaines servant et dominant. — Du manoir féodal et des fiefs en l'air.
154. Des sous-inféodations. — De la mouvance.—Des lods et ventes. — Du retrait féodal.
155. Des censives.
156. La justice n'entraînait pas la propriété du territoire.
157. Des subdivisions et démembrements de la justice.
158. Du territoire féodal. — Des aveux et dénombrements.
159. Du territoire justicier. — De la déclaration.
160. Des noms divers et distinctifs du domaine féodal et du territoire justicier.

151. Dans les principes constitutifs du fief, tels que nous les connaissons, la propriété du sol réside dans les mains du *senior*

ou seigneur dominant; le feudataire, vassal ou censitaire, eut l'usufruit ou un droit approchant de l'usufruit (nº 78); la proportion et la valeur de ces deux éléments de la propriété ont varié avec le temps (nº 82). La jouissance et la possession ont fini par faire prévaloir le droit du possesseur, et la révolution opérée en 1789 n'a consisté que dans l'affranchissement absolu du domaine utile. Ainsi le système du fief comprenait la propriété tout entière; le *dominium plenum*, partagé entre les membres de l'association féodale, appartenait à chacun d'eux dans des rapports qui se sont modifiés; mais c'était là qu'il existait; c'est aussi là que les lois révolutionnaires l'ont laissé. Les propriétaires d'aujourd'hui ne sont pas autres que des vassaux affranchis, et la proprieté du Code civil n'est que la propriété seigneuriale réunie dans une même main.

Si le fief comprenait la propriété tout entière, la justice ne devait pas la comprendre, car dans aucun système la propriété n'a pu appartenir simultanément à deux; ce droit exclusif de sa nature a pu se diviser, se démembrer ou s'altérer, mais non se trouver à la fois dans plusieurs mains; c'est un axiome qui n'a pas besoin de démonstration.

C'est pourquoi, dans les traités des feudistes, la maxime Fief et justice n'ont rien de commun et le principe que le justicier n'est pas propriétaire du sol n'étaient que deux formules d'une même vérité. Ils disaient indifféremment que la justice n'avait rien de commun ou avec le fief, ou avec la propriété, ou avec le sol, ou avec le domaine; toutes ces expressions ne renfermaient qu'une même idée, savoir : que la propriété du sol appartenait au fief et non à la justice.

Per se considerata, dit Dumoulin, tit. 1, gl. 5, nº 44, *jurisdictio nihil habet commune aut cum feudo, aut cum castro, aut cum domanio.* Et d'Argentré : *Dependent ista à domanio, non à jurisdictione, cum quâ nihil habet commune domanium nisi ex cohærentiâ* (1).

La coutume d'Auvergne contenait la même règle en termes non moins positifs : « Le seigneur justicier n'est fondé à cause

(1) Coutume de Bretagne, art. 265, cap. 10, nº 22.

» de sa justice de soi dire seigneur féodal des choses situées en » icelle. »

152. La plupart des droits de justice s'adressaient directement à la personne du sujet; étrangers au fonds, ils ne pouvaient à son égard constituer un droit réel.

Ceux qui s'appliquaient au fonds ou s'exerçaient sur le fonds n'avaient rien de commun avec le fonds lui-même, *nisi cohærentiâ;* par exemple, le droit de four à ban pouvait appartenir au justicier dans un territoire dont il ne possédait pas le domaine, même du sol ou de la maison où se trouvait le four, « ce » qui n'empêche pas, dit Hévin, *Questions féodales*, p. 157, » n. 14, que le droit de four à ban ne soit au seigneur, n'y ayant » rien de commun entre le fonds où est assis le four et le droit » seigneurial de four à ban. »

La nature du droit de justice relativement à la terre et son rapport avec la propriété ont toujours paru fort difficiles à définir; les explications dans lesquelles les feudistes entrent à cet égard prennent dans leurs écrits un caractère singulièrement poétique; c'est à l'aide d'une comparaison qu'ils éludent ou franchissent la difficulté. Tantôt la justice est une ombre qui couvre la terre sans la pénétrer, tantôt elle est au sol ce que la forme est à la matière; l'image qui a joui près d'eux de la plus grande faveur est celle du nuage s'élevant au-dessus d'un marais; il est bien peu de feudistes des quinzième et seizième siècles qui n'en aient enrichi leurs descriptions de la justice; on la retrouve partout et je cite au hasard Boërius, dans sa décision 227, qui lui-même invoque le témoignage d'un des plus anciens jurisconsultes des temps modernes:

Jurisdictionem se haberi in territorio, sicut nebula se habet super paluda solis calore generata refert Socinius; dicens tamen paludem posse sine nebulâ, quod intelligendum est nebulam aliquando et sæpè et non continuè esse supra paludem.

Toute bizarre que semble au premier abord cette explication du droit, elle en fait assez clairement comprendre la nature, ou du moins elle manifeste l'idée qu'en avaient les jurisconsultes des temps féodaux. Elle suffit pour démontrer que cette idée n'emportait pas la propriété et que le droit de justice différait

essentiellement à leurs yeux du droit appartenant au féodal, lequel pénétrait le sol et s'y incrustait (1).

153. Les concessions féodales s'opéraient le plus souvent par le démembrement d'un domaine, dont une portion limitée et débornée par ses tenants et aboutissants était donnée, à titre de bénéfice, au vassal ou censitaire. Le seigneur se réservait l'autre partie qui conservait à son égard la même nature qu'auparavant.

Cependant, entre les deux parties du domaine divisé les jurisconsuites supposaient un rapport qui semblait ne devoir appartenir qu'aux personnes, et qui certainement dérivait de celui qui existait entre elles.

Le fonds resté aux mains du seigneur était appelé fonds dominant; celui dont le vassal était mis en possession s'appelait fonds servant. Le second *relevait* du premier; à celui-ci s'attachait ce qu'on appelait la *directe*, sous le rapport de la propriété, la *mouvance* sous le rapport de l'association féodale.

Cette relation, comme je viens de le dire, n'avait rien de réel, du moins dans les usages des fiefs français; il n'en était pas tout-à-fait ainsi dans les règles féodales de la Lombardie, recueillies par les jurisconsuites milanais, et connues sous le titre de Livre des fiefs. Je dirai plus tard pour quelle cause essentielle et radicale ces règles ne doivent pas servir à constater le droit féodal du royaume de France. Néanmoins elles exercèrent une influence immense sur les doctrines des feudistes français, naturellement conduits à consulter des règles écrites et assez complètement recueillies et coordonnées, lorsque dans leur pays il n'existait que des usages traditionnels toujours plus ou moins contestés. Dans les institutions lombardes, la concession d'un fief avait pour effet de rattacher réellement la possession du vassal à la terre réservée par le prince constituant, de telle sorte que la supériorité existant du seigneur sur le vassal existait également de la terre du

(1) *Eodem errore quo se dicunt domini terrarum*, disaient tous les feudistes du treizième siècle (voy. *suprà*, n[os] 39 et 40), en parlant des seigneurs justiciers.

premier sur la terre du second; il y avait à la fois dans le fief une hiérarchie personnelle et une hiérarchie territoriale, correspondant l'une à l'autre et inséparables.

En France, au contraire, la suprématie n'exista que de l'homme à l'homme; il n'y eut point de la terre réservée à la terre concédée de lien résultant du contrat de fief; le fief servant ne releva du fief dominant qu'à cause du seigneur qui possédait le second et du vassal qui possédait le premier.

Pendant longtemps les seigneurs conservèrent la propriété de leur domaine en pleine jouissance; mais par suite des événements, des partages héréditaires et de leur appauvrissement, ils furent conduits à inféoder ou céder les terres mêmes qu'ils s'étaient réservées. Cet usage fut général en France; on dit, dans ce cas, que le seigneur « faisait de son domaine son fief. »

L'inféodation du dernier domaine restant au seigneur ne le privait pas pour cela de son droit sur toutes les autres concessions qu'il avait faites précédemment et successivement; il conservait néanmoins la directe et la mouvance de tous ses fiefs, comme du dernier constitué, c'est-à-dire qu'il demeurait propriétaire direct et seigneur comme auparavant. C'était la conséquence de ce que le lien de droit qui rattachait sa personne aux terres concédées était complètement indépendant de la terre réservée.

L'habitude de voir aux mains du seigneur un domaine où il exerçait ses droits féodaux sur les vassaux possesseurs des terres détachées de ce domaine fit établir une distinction entre les seigneuries accompagnées d'une possession territoriale et celles qui en avaient eté complètement detachées; ces dernières furent appelées fiefs en l'air, fiefs sans glèbe, fiefs incorporels.

Les fiefs de cette espèce furent transmis séparément et détachés de tout chef ou domaine principal, sans aucun château, manoir ou territoire, mais seulement avec les droits qu'ils comportaient sur les domaines servants soumis à la directe du seigneur.

L'existence et la dénomination des fiefs en l'air ont été vivement critiquées par Dumoulin et par Loyseau, le premier se fondant sur les dispositions du livre des fiefs (1), le second se de-

(1) § 1, gl. 5, n°s 44 et suivants.

mandant si les seigneurs avaient juridiction sur les oiseaux du ciel (1).

Mais l'existence des fiefs incorporels était d'abord un fait trop général pour qu'une critique pût les anéantir ; ensuite la dénomination de fief en l'air ne faisait rien au fond ; elle répondait assez exactement à l'idée qu'elle avait pour objet. Dumoulin se trompait en invoquant les livres des fiefs, étrangers à nos principes, et Loyseau ne faisait qu'une mauvaise plaisanterie ; quoique portant à faux, elle frappait fort ; le jurisconsulte employait l'arme puissante du ridicule pour arriver à ses fins qui n'étaient pas d'expliquer les droits seigneuriaux, mais au contraire de les affaiblir et de les discréditer.

154. Le feudataire avait la faculté de sous-inféoder le domaine servant qui devenait alors à son tour domaine dominant dans la partie réservée. Cette concession était dans l'esprit même de l'association féodale. Sous la deuxième race, la plupart des seigneurs étaient vassaux du roi.

A la sous-inféodation se rattachait la question des jeux de fief et démembrements permis et défendus. En principe, l'inféodation était personnelle, en sorte que le feudataire ne pouvait pas disposer de son fief au profit d'un tiers.

Au douzième siècle ce principe était dans toute sa force ; au quatorzième il avait décliné et perdu de sa puissance devant les progrès de la possession. Le seigneur ne pouvait plus refuser son consentement à la transmission du fief, mais il avait encore le droit de ne l'accorder que dans certaines conditions. Enfin, jusqu'aux derniers temps de la féodalité, le droit de propriété qui constituait sa directe se manifesta par deux signes non équivoques ; le premier fut le droit de lods et ventes, qui formait le prix de son consentement devenu forcé, par l'empire de l'usage, mais que le feudataire dut toujours payer, et dont par conséquent il ne cessa jamais d'avoir besoin. Les lods et ventes consistaient dans une partie plus ou moins considérable du prix de vente, et, faute

(1) De l'abus des justices de village.

d'acquittement, le seigneur reprenait le fief et se mettait en possession, de plein droit et en vertu de la justice féodale.

Le second signe conservateur du droit de propriété dans les mains du seigneur fut le retrait féodal, c'est-à-dire la faculté de reprendre le fief aliéné en remboursant à l'acheteur le prix stipulé au contrat.

Les droits de lods et ventes et de retrait ont subsisté jusqu'à l'abolition révolutionnaire du régime féodal, et par conséquent avec eux s'est maintenue la propriété dont ils étaient le signe conservateur.

Le seigneur était dit dominant à l'égard de son vassal immédiat, et suzerain à l'égard de son arrière-vassal. La sous-inféodation ne lui faisait pas perdre sa directe sur les terres sous-inféodées, mais les mutations qui s'opéraient dans les sous-inféodations ne le regardaient pas et n'existaient pas à ses yeux. Celles qui le concernaient étaient les mutations qui s'opéraient des mains de son vassal immédiat aux mains d'un tiers appelé à le remplacer par le contrat translatif.

Remarquez que le vassal, en sous-inféodant, transportait le domaine utile aux mains de l'arrière-vassal; mais le droit qui lui restait n'était pas la directe, qui appartenait au suzerain; il était tenu de retenir deux choses, d'abord une portion matérielle du fief, déterminée diversement par les coutumes, et sur laquelle il y eut d'interminables débats entre les seigneurs et les vassaux; ensuite la mouvance, c'est-à-dire la relation du vasselage. La mouvance a été souvent confondue avec la directe, mais elle ne doit pas l'être, autrement la hiérarchie féodale serait absolument inintelligible. Il serait impossible, en effet, de comprendre comment le vassal qui n'avait pas reçu de l'inféodation la directe, c'est-à-dire le droit de propriété, aurait pu créer ce droit à son profit en sous-inféodant.

Il faut distinguer la directe de la mouvance : la première, comme je l'ai dit, appartient au système de la propriété, et consiste dans la relation du seigneur avec la terre infeodée; la seconde se rattache au système du fief et forme le lien du vassal au seigneur.

155. Dans les fiefs, c'est-à-dire dans les concessions à charge

de service, les sous-inféodations n'eurent point de limites; il n'en fut pas de même des terres concédées à charge de culture, en d'autres termes, des censives ou concessions censuelles. Le censitaire n'eut pas la faculté de créer une sous-censive engendrant entre lui et le nouveau possesseur un lien féodal ou une mouvance. En général, le droit du possesseur des censives fut toujours plus précaire et moins puissant que celui du possesseur d'un fief; ce fait se rattache à plusieurs causes : d'abord l'infériorité des personnes; le feudataire fut originairement un militaire, par conséquent un noble; souvent le vassal fut l'égal du seigneur, et parfois plus puissant que lui; mais le censitaire occupa toujours une position plus humble, quoiqu'il pût le disputer parfois à son seigneur par ses richesses acquises ou héréditaires; il lui fut toujours inférieur à raison de son rang et plus encore parce qu'il n'était pas armé comme lui. Lorsque le régime féodal n'exista plus qu'à l'état de souvenir dont la loi des possessions fut un vestige, le possesseur des tenures roturières devint parfois, dans la société, l'égal ou même le supérieur du propriétaire de la directe. Mais les principes étaient posés, la terre était imbue de la qualité qu'elle avait eue pendant plusieurs siècles, et sa nature légale resta toujours inférieure à celle du fief. Aussi la directe seigneuriale affecta-t-elle toujours plus immédiatement les terres en censive; le caractère respectif des possessions corrélatives conserva plus efficacement la trace de son origine.

Malgré les efforts des derniers feudistes, le domaine utile fut toujours la portion la plus faible de la propriété dans les censives; non-seulement le censitaire fut comme le vassal assujéti aux droits de lods et ventes, pour disposer de sa tenure, mais encore il n'eut ni le droit d'en changer la culture, ni celui d'en jouir pleinement; il lui fut interdit par la jurisprudence de l'affecter de rentes ou d'hypothèques au delà d'une certaine mesure; le seigneur y conserva le droit de chasse à son exclusion, celui de pêcher dans les cours d'eau ou d'en disposer à son gré, etc. En un mot, la directe se conserva plus énergique et plus efficace que dans le fief; quoique originairement la même dans l'un et dans l'autre, elle s'altéra plus profondément et plus facilement dans le fief que dans la censive.

Je n'ai pas besoin, pour faire bien comprendre la nature des

droits de fief à l'égard du sol, d'entrer dans de plus grands développements sur les diverses appropriations qui constituèrent ce régime purement contractuel; les considérations qui précèdent suffisent pour faire comprendre que les divers seigneurs censiers, c'est-à-dire n'ayant pour servants que des censitaires, dominants ou suzerains, possesseurs de fiefs en domaine ou de fiefs en l'air, ne furent jamais que des propriétaires, mais qu'en même temps leurs droits furent la propriété divisée entre eux et leurs vassaux ou tenanciers (n° 83).

156. Cette hiérarchie, que présentent uniformément les fiefs de tous les pays féodaux, ne se retrouve pas dans la justice.

D'abord, la puissance justicière, n'ayant pas pour cause la terre ou sa propriété, n'eut aucun lien direct avec elle. La domination du comte ou du vicaire s'établit sur les hommes et non pas sur les terres; les possessions n'étaient que l'objet déterminant de la quotité de l'impôt. Ce fut donc en raison du domicile que les habitants furent assujétis à la justice. En conséquence, le justicier n'eut de pouvoir que sur les hommes *coukans* et *levans* dans son territoire.

Les rois attribuèrent aux comtes, aux ducs, aux marquis et aux *judices* de toute espèce des impôts à percevoir dans un territoire déterminé, mais non limité. « Le territoire du comté, dit Hévin, » *Questions féodales*, p. 247, comprenait ordinairement une » ville épiscopale et toute l'étendue du diocèse, et le duché con- » tenait communément douze comtés ou villes épiscopales avec » leur territoire; dans Aymoin, lib. 4, cap. 61, et dans la conti- » nuation des Annales de Pépin, on lit ce passage: *Pippinus do-* » *mum reversus Grifonem more ducum duodecim comitatibus* » *donavit.* »

Il est évident que Pépin ne donnait pas à Grifon la propriété des terres comprises dans les douze comtés; l'attribution consistait dans les bénéfices à percevoir à titre de comte. Au-dessous de la puissance justicière, s'agitaient la propriété privée, les conventions, les successions, toutes les *res propriæ* dont parlent les formules de Marculphe. Évidemment, le système qui supposerait la propriété du sol aux mains des comtes et des *judices* est incompatible avec la possibilité des actes privés dont le protocole

nous est donné par ce moine, et d'ailleurs avec toutes les dispositions législatives qui parlent des possessions particulières.

Le comte exerça ses droits dans toute l'étendue du *pagus*, le vicaire et le centenier dans l'étendue des *villæ* ou des centènes soumis à leur autorité. Ces localités ne furent pas limitées territorialement, ou du moins, dans le désordre du gouvernement barbare, les limites du cadastre romain furent perdues ou négligées. Les envahissements perpétuels d'un justicier sur ses voisins achevèrent d'y porter le trouble et la confusion, en sorte que lorsque, les guerres privées cessant, les seigneurs cessèrent aussi de régler les frontières de leur territoire par la force et la violence, les limites des justices contiguës furent l'objet de procès dans lesquels la possession ou l'arbitraire furent la seule règle des tribunaux. Les registres des *Olim* sont remplis de contestations de ce genre, qui témoignent bien clairement que la justice n'attribuait pas la propriété, et que, dans les procès sur les justices, il s'agissait de tout autre chose.

Le plus souvent, au contraire, les contestations s'élèvent entre deux seigneurs qui ni l'un ni l'autre n'ont ou ne réclament de droit au fonds; ils se disputent l'exercice de leurs droits sur des propriétés évidemment étrangères.

Cùm ex parte abbatis et conventûs... ad nos fuisset delata querimonia quòd, cùm ipsi essent et diù fuissent in possessione justiciæ de Lovigniald, baillivus... dictâ justiciâ spoliavit eosdem... pronunciatum fuit dictos abbatem et conventum in possessionem suam debere restitui, SALVO JURE PROPRIETATIS, *et salvo jure cujuslibet* (1).

Bien plus, les droits de justice sont fréquemment incompatibles avec la propriété du fonds ; ainsi, une multitude d'actes présentent la justice partagée entre divers seigneurs, quoique la propriété du fonds ne le fût pas; l'un d'eux l'exerçait pendant un temps de l'année, l'autre pendant un autre; l'un l'exerçait sur les chemins, l'autre sur les terres cultivées; l'un avait les cens, les marchés, les péages, l'autre les past, les tailles, les corvées, un troisième un droit particulier. C'est ainsi que la haute justice,

(1) *Olim*, t. 2, p. 208, n° 19.

la moyenne, la basse, celle des officiers particuliers, des baillis, des sergents, des châtelains, s'exerçaient toutes à la fois et en même temps sur un même territoire et à la charge du même homme. Ainsi, tel colon ou homme de pooste devait au seigneur haut justicier un cens, au moyen les épaves, au bas le past et le cheval de service, au sergent une poule, au châtelain des corvées, et en outre au seigneur féodal les lods et ventes ou d'autres obligations de fief. Dans le même *pagus*, le même comté, la même *villa*, ou sur le même fief, l'un avait la justice de tels hommes, de telle famille, l'autre, de telle classe d'habitants; ainsi la justice des juifs a été l'objet de longs débats ; ces subdivisions nous sont déjà connues.

157. Si l'on se rappelle la manière dont les justices ont été originairement constituées, on comprendra cet état de choses. On a vu, dans les explications précédentes, les revenus du fisc romain distribués sans ordre et sans hiérarchie quelconque. Sans doute la condition la plus ordinaire des concessions fut celle qui divisait la justice comme l'était le territoire, savoir par comtés, par vicairies ou par simples *villæ*, avec la subdivision que comportaient les attributions respectives des comtes et des vicaires; mais auprès de ces constitutions ordinaires se trouve la multitude des donations particulières de telle ou telle portion de l'impôt, faite sous le nom d'*honor*, de *fiscus*, ou de l'espèce d'impôt donnée. On a vu plus haut de nombreux exemples d'attributions de cette sorte. Les droits de justice furent donc, dès l'origine, éparpillés en un grand nombre de mains.

Lorsqu'ils tombèrent absolument dans le domaine privé, l'éparpillement devint bien plus fréquent, parce qu'il les rattacha à toutes les conventions. La loi propre au contrat de fief interdisait au feudataire la vente partielle de son fief; les seigneurs dominants luttèrent avec plus ou moins de succès contre les partages héréditaires; quoiqu'ils n'aient pas réussi partout à les empêcher, leur résistance et leur intérêt mirent une entrave puissante au démembrement indéfini des terres féodales. Il n'en fut pas ainsi des droits de justice. Les concessionnaires, libres propriétaires des émoluments qui les constituaient, en firent l'usage qui leur convint; rien ne les empêcha d'en disposer à leur gré ;

leurs héritiers les partagèrent commo ils le jugèrent convenable : l'un eut le droit de four, l'autre le droit de moulin, un troisième le péage, un quatrième les amendes, etc.

Les recueils sont remplis de conventions sur le partage des droits de justice ; à chaque instant on rencontre des ventes de la moitié d'une justice. Les accords que firent les comtes avec les communes, avec les établissements ecclésiastiques et même avec les seigneurs féodaux, comprennent une foule de ces subdivisions fort curieuses dont l'étude jette un grand jour sur la nature de l'institution des justices ; ce morcellement des droits justiciers, si différents des droits de fief et de propriété, produisit pourtant des avantages souvent identiques quant à leur nature réelle.

Enfin ce que nous avons vu pratiquer par des rois ou des grands, en qualité de justiciers, se retrouve dans les usages des particuliers. Boërius, consulté sur l'étendue présumable d'une concession de justice conjointement à certains droits justiciers, décide que la juridiction concédée doit se borner à l'exercice des redevances transmises. *Et ideò*, dit-il, *videtur jurisdictionem datam arctari debere et intelligi esse concessam ad coercendum tantùm debitores censûs et reditûs refutantes solvere, et non profectò ad cognoscendum de aliis actionibus personalibus, aut realibus, aut criminalibus ex personis seu contractibus obligationis, ac forfactis sive delictis ipsorum debentium censûs et reditûs descendentibus* (1).

Les cens transmis, dans l'espèce, sont nécessairement justiciers, car des rentes féodales ne pouvaient être détachées de la directe, et, par suite, de tous les droits appartenant au seigneur censier ; l'un ne pouvait pas avoir le cens, l'autre les lods et ventes, un troisième le retrait. Les effets du domaine direct étaient inséparables, et c'est ce qui différenciait essentiellement les obligations du fief de celles de la justice.

La faculté de déchiqueter les droits de justice fut modifiée profondément, d'abord par les constitutions des justices en fief, ce qui soumit ce genre de possession aux règles féodales et par suite à l'interdiction du démembrement ; ensuite par les prin-

(1) Décis. 227.

cipes nouveaux qu'introduisirent, à l'égard de la justice, les livres des feudistes royaux, qui finirent par faire admettre que la justice seigneuriale, comme la justice royale, était indivisible. La contrariété existant entre le principe et le fait manifestait la fausseté de la règle et son introduction récente à l'appui d'un régime étranger.

158. Le droit du féodal et le pouvoir du justicier avaient cela de commun qu'ils s'exerçaient l'un et l'autre sur un territoire; cette communauté fut entre eux l'objet de longues contestations qui n'ont cessé qu'avec l'existence même des deux rivaux.

On comprend parfaitement pourquoi le territoire du justicier ne fut pas le même que celui du féodal; la justice n'avait rien de commun avec le fief; les terres féodales devaient leurs limites à l'étendue de la possession du seigneur dominant, et aux divisions et subdivisions opérées par l'inféodation ou la sous-inféodation. A l'instar des terres que les Romains donnaient aux vétérans, les concessions féodales étaient limitées; les titres constitutifs continrent le détail fort exact de l'étendue et de la consistance du bénéfice; les titres récognitifs portèrent le nom de *dénombrements*, et en Bretagne celui de *minus*. Néanmoins ce ne fut que vers le quatorzième siècle que les dénombrements des terres féodales ou censuelles se retrouvent détaillés et *par le menu*; cet usage primitif avait été abandonné pendant l'anarchie des dixième et onzième siècles, et se rétablit difficilement.

La consistance et l'étendue des bénéfices sont dans les capitulaires l'objet de nombreuses dispositions; les *missi dominici* étaient chargés particulièrement de réprimer les empiétements des vassaux. Les polyptiques de la deuxième race déterminent très exactement la contenance des possessions précaires ou censuelles des hommes de fiefs. Dans les temps féodaux, le vassal ou censitaire devait à chaque mutation fournir au seigneur l'aveu et le dénombrement de ses possessions; c'était le titre nouvel de la concession, et toutes les conditions en étaient rappelées avec la même teneur.

Le seigneur avait un temps déterminé pour le critiquer, ce qu'on appelait blâmer. L'aveu qui contenait en même temps la foi et l'hommage pour les terres nobles était fait en double

écrit; l'un sur parchemin restait au seigneur, l'autre était gardé par le vassal (1).

159. Les concessions primitives des justices ne limitent pas le territoire par tenants et aboutissants, ou par contenances ; les attributions de comtés ou de vicairies ont lieu *in comitatu illo*, ou *in pago illo*, ou *in villá aut villis illis*. C'est pourquoi dans les temps féodaux les territoires des justices n'eurent jamais de limites précises, à moins qu'elles n'eussent été concédées féodalement avec les terres du fief, auquel cas les limites du fief étaient aussi celles de la justice.

Le haut justicier, pour la conservation de ses droits, pouvait obliger les possesseurs de terres féodales, censuelles ou même en franc-alleu, situées dans le territoire de sa justice, de lui en faire la déclaration (2). Mais cet aveu avait un caractère fort différent de celui des dénombrements féodaux : d'abord le haut justicier ne pouvait l'exiger qu'une fois dans sa vie; ensuite il se faisait par proclamation générale adressée à tous les sujets, tandis que celui du féodal avait lieu par assignation directe et d'ailleurs devait être fait spontanément. Enfin la déclaration faite au haut justicier ne comprenait pas le détail des terres, à moins que le seigneur n'eût des droits de cens comme je le dirai plus tard ; autrement l'aveu ne contenait que l'énoncé des droits de la justice, et prenait le nom de *déclaration sèche*.

Les seigneurs ayant à la fois fief et justice prirent l'habitude de faire ajouter au dénombrement féodal l'aveu de la justice, et cette double déclaration se rencontre dans presque tous les actes de cette espèce, quoique chacune d'elles y conserve une place et un caractère distincts.

Les aveux des justiciers ont joué un grand rôle dans l'histoire de la police ; de même que tout propriétaire dut recommander

(1) Les aveux ont aujourd'hui une grande valeur entre propriétaires voisins dont les titres particuliers ont été perdus. C'est surtout sur les aveux que s'appuient les droits d'usage, d'affouage et de communaux.

(2) Voy. Pithou sur l'art. 51 de la coutume de Troyes, et Guyot, *Traité des fiefs*, t. 4, p. 433.

ses propriétés et les placer dans la société féodale, pour les mettre à l'abri du pillage, de même tout homme libre, pour conserver sa liberté, dut s'avouer d'un seigneur justicier; l'individu sans aveu se trouva sans appui : je ferai connaître plus tard un mode d'aveu fort remarquable dans lequel la justice et la défense sont achetées à prix d'argent, sans lien féodal ou justicier.

160. Le territoire du féodal s'appelait *terra*, *fundum*, *feodum*; celui des justiciers se nomma *pagus*, *villa*, *comitatus*, *vicaria*; plus tard, *comté*, *voierie* ou *vicairie*, *vicomté*, et plus généralement justice ou district, *districtus;* les feudistes, écrivant en latin, le désignent particulièrement sous le nom de *territorium* ou *castrum*. Les transmissions de fiefs donnaient le détail des terres; celles des justices s'exprimaient par *quidquid habeo aut habere debeo;* j'ai déjà fait cette observation.

Le féodal possédait et habitait ordinairement un domaine à lui réservé propre, où se trouvait son manoir et dans lequel il exerçait son droit de seigneurie; c'était là qu'il recevait la foi et l'hommage, les rentes et devoirs féodaux; c'était à l'exploitation de son domaine qu'il employait les services censuels, corvées et autres obligations dérivant des contrats de fief.

De même le justicier était habituellement propriétaire d'un manoir dans le territoire de sa justice. Les capitulaires font, de la propriété d'une terre dans l'étendue de la justice, une condition de la nomination aux fonctions justicières. J'ai déjà cité et analysé plus haut (nº 119) un texte célèbre qui rappelle formellement cette règle et son motif. C'est l'édit de 615 qui exige que les *judices* publics ou privés soient choisis parmi les propriétaires du lieu, *de loco*, afin que leurs propriétés garantissent leur gestion : *Ut si aliquid mali de quibuslibet conditionibus perpetraverit, de suis propriis rebus exindè quod malè abstulerit juxtà legis ordinem debeat restituere* (1). Cette condition est fréquemment rappelée : *Ut episcopi et abbates advocatos habeant: et ipsi habeant in illo comitatu propriam hæreditatem* (2).

---

(1) Baluze, t. 1, p. 23, nº 12.
(2) Ann. 813, nº 14; Baluze, t. 1, p. 509.

Le justicier habitait ordinairement un château fort situé dans sa propriété, d'où il sortait pour exercer ses brigandages, c'est-à-dire ses droits de justice; c'était là aussi qu'il se réfugiait lorsque ses sujets exaspérés par ses exactions se révoltaient. C'était autour de ses fossés et de ses remparts que les vilains faisaient les *wacta*, guets et gardes, auxquels les avaient soumis les édits des empereurs et qu'ils n'avaient jamais cessé d'acquitter.

C'est à cause du château que les hautes justices ont été indifféremment nommées *châtelenies* ou *casteleries;* c'est également par le même motif que la justice fut considérée comme un accessoire du *castrum*, et que s'élevèrent les contestations auxquelles tous les feudistes prirent part, pour savoir si la vente du château emportait transport de la justice; ce fut enfin par l'inféodation du *castrum* que la plupart des justices furent inféodées, soit que le domaine utile du château et de ses dépendances fût transporté au feudataire, soit qu'il n'en eût que la garde.

La similitude que présentaient la possession d'un domaine par le féodal et celle d'un château par le justicier fut une cause active de confusion dans leurs droits et la nature de leurs possessions. Le justicier en abusa souvent au préjudice du féodal, quand celui-ci fut le moins puissant.

---

§ II.

DES ALLEUX.

SOMMAIRE.

161. Du cens sous la domination romaine.
162. Des terres fiscales et de leurs concessions.
163. De l'*alode*.
164. Du franc-alleu.
165. De l'alleu noble.

161. L'objet principal de la conquête romaine était le tribut auquel les provinces conquises étaient assujéties; l'imposition du cens aux terres provinciales était donc une règle générale.

Les Institutes de Justinien expriment ce droit commun en qualifiant de tributaires les possessions des provinces: *Vŏcantur stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis sunt.* Lib. 2, § 40.

Aggenus Urbicus indique la même condition générale: *In provinciis*, dit-il, *omnes etiam privati agri tributa atque vectigalia persolvunt.*

La loi 4 *Cod.*, *lib.* 11, *tit.* 57, exige que, dans le cas de réclamation d'une cité à raison d'une égale répartition du cens, tout le territoire soit recensé: *Omne territorium censeatur.*

Les exceptions à cette règle en confirment l'existence.

Les unes étaient générales; elles consistaient dans l'attribution à une province ou à une localité du droit italique, *jus italicum*; ce droit consistait en effet dans l'exemption des cens et des tributs. *Jus italicum*, dit Turnebus, *nihil aliud est quàm immunitas à tributis* (1).

Les autres étaient particulières; j'en ai déjà fait mention au chapitre des corvées réelles; on a vu qu'elles s'appliquaient aux personnes revêtues de dignités et principalement aux militaires et à leurs familles.

L'usage des immunités privées était aussi fréquent sous la domination des empereurs que sous les rois barbares; mais l'im-

---

(1) Cité par Salvaing, chap. 52.

muniste paraît, sous la législation romaine, jouir d'une exemption et non d'une concession de tributs ; l'affranchissement concernait tantôt la personne, tantôt la possession, tantôt l'une et l'autre. *Tributorum autem*, dit Turnebus déjà cité, *duo genera erant, unum agris impositum, alterum capitibus. Sed quibus esset ab imperatore remissum tributum capitis, etiam immune solum esse factum imperator Titus interpretatus est.*

L'affranchissement résultait encore des donations de terres fiscales, c'est-à-dire des possessions de l'empereur : *Excepto patrimonii pietatis nostræ... universi possessores functiones in canonicis titulis... agnoscant.* L. 11, tit. 1, l. 36. *Nec quicquam pro suis possessionibus quæ largitate principali jamdudùm in singulos quosque conlatæ sunt, damnosæ conventionis molestiam pertimescat.* L. 11, tit. 20, l. 4.

La première disposition consacre l'application générale des cens à toutes les possessions non expressément affranchies.

162. Un diplôme du 10e siècle divise la propriété en quatre espèces : *Aut sint de fisco regali, aut de potestate episcopali, vel de potestate comitali, sive de franchisiâ* (1). Il existait donc encore à cette époque, comme au temps de la domination romaine, des terres fiscales appartenant au roi, des terres tributaires sous la domination de l'évêque ou du comte, et des terres affranchies ou exemptes de l'impôt.

Il est probable que le fisc des rois barbares se composa des mêmes éléments que celui des empereurs, et que les terres attribuées à ceux-ci se trouvèrent de droit dévolues aux premiers leurs successeurs, faute d'autres maîtres.

Cette conjecture est positivement confirmée par les dispositions de biens fiscaux que contiennent les recueils de chartes, soit au profit des établissements religieux, soit au profit des particuliers.

Ces biens sont donnés de deux manières, *in beneficio* et *in integritate* ; nous connaissons les conditions du bénéfice ; c'était le lien du vasselage, et le bénéficiaire n'était pas saisi de la propriété, mais seulement d'une sorte d'usufruit.

(1) Script. fra., 9, p. 698, a.

La concession *in integritate* transmettait la propriété tout entière de la manière la plus absolue.

La 14e formule de Marculphe contient le protocole d'une concession de ce genre faite à un particulier : « Cognoscat magnitudo » vestra nos inlustri viro illi villâ nuncupante illo, sitâ in pago » illo, cum omni merito et termino suo, IN INTEGRITATE, SICUT ab illo aut à FISCO NOSTRO FUIT POSSESSA... ut ipsa villa » antedictus vir ille, ut diximus, in omni integritate, cum terris, domibus, ædificiis, accolabus, mancipiis, vineis, silvis, » campis, pratis, pascuis, aquis, aquarumve decursibus, appendiciis, vel qualibet genus hominum ditioni fisci nostri subditum, qui ibidem commanent, in integrâ emunitate, absque » ullius introitu judicum, de quaslibet causas freda exigendum, » perpetualiter habeat concessa... (1). »

Il résulte de cette formule que l'affranchissement de l'impôt était la condition ordinaire des cessions de terres fiscales consenties par le roi. Ainsi qu'on le voit, la possession du cessionnaire de cette espèce était la même que celle de l'immune, puisque son titre contenait la clause expresse *in integrâ emunitate*, et d'ailleurs l'interdiction à tout *judex* d'y pénétrer, stipulation caractéristique de l'immunité.

163. Les concessions de terres fiscales se faisaient non-seulement à titre de libéralité, mais encore à titre de part dans la conquête ; les possessions, soit foncières, soit justicières, ayant ce caractère, étaient qualifiées, dans les actes écrits en langue latine, de *sortes*, soit que dans l'origine les parts de butin eussent été tirées au sort, *sorte*, entre les vainqueurs, soit plutôt

(1) Trad. : « Que votre grandeur sache que nous avons donné à un tel, » homme illustre, telle villa, située dans tel pagus, avec ses débornements et » en intégrité, comme elle a été possédée par un tel ou par notre fisc ; de telle » manière que ladite villa appartienne audit un tel en toute intégrité et perpétuellement, avec ses terres, maisons, édifices, habitants, esclaves, vignes, bois, » champs, prés, pâturages, eaux, cours d'eau, dépendances, et toute espèce » d'hommes assujétis au pouvoir de notre fisc, y demeurant, avec immunité » pleine et entière, exempts de toute visite de justiciers pour y percevoir quelque amende que ce soit. »

par dérivation du verbe *sortiri*, partager, lotir, attribuer.

Cette dernière opinion est confirmée par le mot *alod*, *alode* ou *allodium*, lequel est, dans tous les actes de cette époque, l'équivalent de *sors*, et signifie la part ou portion allouée dans un partage (1).

Les Romains appelaient également *sortes* les terres dont ils abandonnaient la propriété aux soldats à la charge de défendre le territoire, *sortes limitaneæ*. Il est donc à croire que les Germains appliquèrent cette dénomination aux mêmes choses, et qu'à cet effet ils prirent dans leur langue le mot qui présentait le même sens.

Quoi qu'il en soit, les *sortes* ou *alodes* furent exempts du cens, comme l'étaient les concessions faites aux soldats sous le même nom; cet affranchissement résultait d'une double cause : 1° comme condition propre de toute concession de terres fiscales; 2° comme possession de militaire.

Les *alodes* ou *sortes* se distinguaient donc de toute autre propriété par deux caractères essentiels : ils différaient des possessions soumises à la puissance justicière, soit du comte, soit de l'évêque immune, en ce qu'ils étaient affranchis de cette puissance, et par conséquent des impôts qui en constituaient l'apanage; ils n'étaient pas, comme les bénéfices, des jouissances ou des démembrements de la propriété, mais bien la propriété elle-même, pleine, entière et absolue, et ne servaient pas, comme eux, de lien au vasselage.

En un mot, le propriétaire d'un *alode* était libre et dégagé de toute obligation à raison de sa terre; il ne reconnaissait d'autre suprématie que celle de l'autorité publique, et d'autre devoir que les devoirs personnels imposés par les lois générales à tout habitant du royaume. L'*alode* fut donc la troisième espèce de terre, désignée dans le diplôme ci-dessus sous la qualification de *franchisia* (2).

---

(1) *Allodium*, racine *loos*, lot, *lozzan*, lotir. Lehuërou, *Instit. mérov.*, p. 355.

(2) L'expression *alode* fut, dans la suite, diversement employée, à raison des conditions diverses attachées à la possession qu'elle indiquait. Ainsi, lors-

164. Aux dixième et onzième siècles l'*alode* n'a pas cessé d'exister avec les mêmes priviléges et le même caractère. On lit dans l'ancien cartulaire de l'abbaye de Vendôme, chap. 55 : *Habebat vineæ agripennum unum allodialiter immunem, hoc est ab omni censûs et vineariæ redhibitione liberum*; dans une charte de l'an 1078, contenue au même chartulaire, ch. 291 : *Est autem naturaliter allodium, ab antiquo nullam omninò cuiquam reddens consuetudinem, eidemque à progenitoribus jure hæreditario contingens;* et dans une autre charte de l'an 1077 : *Quod videlicet allodium pater ejus et prædecessores ipsius, absque ullá dominatione, vel servitio, longo tempore, jure hæreditario possederunt* (1).

Remarquez la double condition de l'*alode*, très exactement exprimée dans ces actes : l'exemption du lien féodal, *absque servitio*, et celle de toute redevance justicière, *ab omni censu, nullam reddens consuetudinem, absque ullá dominatione.*

Sous le régime seigneurial pleinement constitué, l'*alode* se retrouve sous le nom d'*alleu* ou *franc alleu*, cette dernière dénomination composée de celle qui dans les temps précédents exprimait la même chose, savoir, la terre affranchie, *franchisia, alode.*

Le *franc alleu*, dans le système seigneurial, est absolument la même possession que l'*alode* ou la *franchisia* des deux premières races.

« Franc alleu, porte l'art. 255 de la coutume d'Orléans, est

---

que l'état de la domination des Germains cessa d'être celui de la conquête active et actuelle, il n'y eut plus de concession nouvelle *in alode*, ayant proprement le caractère de part de butin ; peut-être même, toutes les terres fiscales étant épuisées, ne s'en fit-il plus d'attribution à ce titre. L'*alode* devint l'alleu, la terre patrimoniale, et toute propriété ayant cette nature primitive se trouva nécessairement dans la main d'un héritier auquel le premier concessionnaire l'avait transmise. Le mot *alode* désigna la terre *héréditaire, paterna, aviatica*, et parut dans les actes sous ces diverses dénominations équipollentes, et le plus souvent opposées à l'acquêt, ou possessions nouvelles acquises autrement que par succession ; *tàm de alode quàm de comparato*, disent les chartes et les formules.

(1) Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, v° *Alleu*, § 1.



» héritage tellement franc qu'il ne doit fonds de terre, et n'est » tenu d'aucun seigneur foncier, et ne doit saisine ne dessaisine, » ne autre servitude que ce soit. »

La coutume de Normandie, art. 102 : « Les terres de franc » alleu sont celles qui ne reconnaissent supérieur en féodalité, et » ne sont sujettes à payer aucuns droits seigneuriaux. »

Meaux, art. 190 : « Franc alleu est de telle nature qu'il ne » doit service, censive, relief, hommage, ne quelque redevance » que ce soit. »

Enfin la coutume de Melun, art. 105 : « Franc alleu ne doit » vest, ne devest, censive, ne foi, ne hommage. »

Dans ces textes comme dans les précédents, la franchise de l'alleu est considérée sous deux rapports : sous celui du lien féodal, ce qu'exprime l'affranchissement de la foi, de l'hommage, du relief, de la féodalité; sous celui des redevances justicières, que désignent les mots vest, devest, censive, servitude, droits seigneuriaux.

165. Cependant sous le régime seigneurial on reconnaît deux classes d'alleux, l'alleu noble et l'alleu roturier.

L'alleu noble est celui dont le propriétaire est seigneur justicier ou féodal des terres qui le composent : Dumoulin le définit ainsi : *Allaudium nobile est cui cohæret jurisdictio, vel à quo dependent feuda vel censualia prædia* (1).

L'alleu roturier est celui qui ne comporte ni justice ni fief : *Allaudium paganicum*, dit encore Dumoulin, *est nudum prædium allaudiale, cuique neque jurisdictio inest, neque ab eo movetur feudum vel census.*

Cette double espèce n'est pas apparente dans la constitution primitive des alleux, cependant elle existe; les alleux nobles sont ceux dans lesquels la concession a compris les droits de justice; tels, par exemple, que ceux dont la formule a été transcrite ci-dessus, et dans lesquels le fonds, les édifices, les esclaves, les serfs et colons, *terræ, domus, mancipia, accolæ*, sont transmis

(1) § 68, gl. 1, n° 3.

avec tous les droits appartenant au fisc sur les habitants de la concession : *qualibet genus hominum ditioni fisci nostri subditum*. C'est la condition générale des immunités, ainsi que je l'ai dit ailleurs. Dans cette hypothèse l'alleu est noble parce que son possesseur a le droit de justice : *cui cohæret jurisdictio*.

Il est noble encore lorsque le propriétaire, militaire de profession, a constitué des terres en séniorat et les a données soit en fief, soit en censive : *à quo dependent feuda vel censualia prædia*.

L'alleu noble existait donc manifestement sous les deux premières races avec les caractères qui le distinguent sous la troisième ; quant à la qualification de noble, il ne l'a reçue que plus tard et lorsque la noblesse s'est constituée et est devenue un attribut de la terre ou de la personne.

166. L'alleu roturier prend également sa source dans les éléments mêmes de sa formation, et se rattache à diverses origines.

La première consiste dans l'affranchissement particulier accordé soit par le roi, soit par un seigneur justicier, soit par un seigneur féodal, de toute redevance ou obligation dérivant de la justice ou du fief. Cette espèce a été fort nombreuse ; elle a pris le nom particulier d'alleu de concession. Beaumanoir en trace les règles au chapitre 45 de ses coutumes de Beauvoisis.

Les alleux de concession furent soumis à des conditions fort diverses et déterminées par la volonté des concédants ; le célèbre capitulaire de 815, relatif aux Espagnols, offre un exemple remarquable d'alleu de cette espèce. Le roi, dans ce précepte, après avoir rappelé que des terres ont été accordées aux réfugiés fuyant devant la conquête des Sarrasins, règle leurs rapports avec les comtes :

Cap. 1. Ut sicut cæteri liberi homines cum comite suo in exercitum pergant, et in marchâ nostrâ juxtà rationabilem comitis ordinationem explorationes et excubias... facere non negligant et missis nostris... paratas faciant et ad subvectionem eorum veredos donent. Alius verò census ab eis neque à comite, neque à junioribus et ministerialibus ejus exigatur (1).

(1) Baluze, t. 1, p. 540.

Ces conditions sont celles du franc alleu roturier : affranchissement des cens, mais assujétissement à toutes les autres obligations justicières, *ut cæteri liberi homines*.

Aux causes qui ont multiplié les alleux dans les provinces méridionales, et ont fait de la franchise la loi générale des terres, on doit assurément joindre l'établissement des Espagnols *in partibus Aquitaniæ, Septimaniæ, Provinciæ atque in eâ portione Hispaniæ quæ à nostris marchionibus in solitudinem redacta fuit*. Cette circonstance a été perdue de vue.

167. La seconde origine de l'alleu roturier remonte au temps primitif de la conquête, et les monuments historiques ne la montrent guère que dans l'établissement des barbares aux provinces méridionales du royaume.

Les Visigoths et les Burgondes s'introduisirent sur les terres romaines plus en alliés qu'en conquérants, et plutôt par capitulation que par invasion violente. Ils s'établirent dans les provinces qu'ils occupèrent, de la même manière que les armées romaines elles-mêmes y étaient distribuées.

Les possesseurs les reçurent au même titre qu'ils recevaient auparavant les soldats au service de Rome ; ils durent leur payer *l'annona*, c'est-à-dire mettre à leur disposition tous les produits du *census* (1), et de plus leur fournir le logement, *hospitalura*(2).

Les barbares et les contribuables reçurent également le nom d'*hospites* ; néanmoins, cette dénomination fut appropriée particulièrement aux derniers ; elle devint, dans la langue féodale, l'équivalent de vilain, manant, roturier, et de toutes autres expressions propres à désigner l'homme de pooste. L'*hospes* barbare, en effet, exerça sur le Romain qui le recevait à ce titre tous les droits du justicier dont il prenait la place, comme l'eût fait l'*honoratus*. Les localités désignées à l'exercice de ses droits furent qualifiées, comme toutes les attributions de cette espèce, par le mot *sors*, et tous les impôts à percevoir dans le *sors* furent prélevés à son profit. C'est cet état de choses que constate Grégoire de Tours dans le passage suivant : *Ut securus quicumque*

(1) Voy. le *tit.* 16, *lib.* 10, *du Cod. Just.*

(2) *Hospitatura, id est hospitis recipiendi munus, putà militum*, dit Pothier *ad Pandectas*, lib. 50, tit. 4, art. 1, sect. 6.

proprietatem suam possidens debita tributa dissolvat domino in cujus sortem possessio sua pervenit (1).

Cette condition première de l'établissement des barbares dans le Midi dura plus ou moins longtemps, mais fit place à un partage, dans lequel le Visigoth ou le Bourguignon prit une portion des propriétés soumises à l'impôt, laissant l'autre au tributaire, libre et dégagée de toute redevance. Ce fut une mesure analogue à celle qui se renouvela dans les dix-septième et dix-huitième siècles, sous le nom de triage ou cantonnement, dans le but d'affranchir les propriétés des obligations usagères qui les grevaient. L'opération avait évidemment le même objet.

La part prise par le barbare et celle laissée au Romain furent réglées d'après la quotité de l'impôt, et par conséquent varièrent suivant les localités et les conditions de la possession romaine; chacunes d'elles prit le nom de *sors*; les copartageants furent désignés sous le nom de *consortes*; les possessions de chacun demeurèrent libres de toute redevance justicière, celle du barbare parce que l'impôt lui appartenait, celle du Romain parce que l'affranchissement était le but et l'objet du partage. Des textes nombreux témoignent de l'indépendance réciproque de ces deux portions.

Les *sortes* de cette espèce reçurent plus tard le nom équivalent d'*alode* et furent, sous le régime seigneurial, des alleux, ayant tous les caractères des biens de cette espèce, savoir, l'affranchissement du lien féodal et des redevances justicières.

Elles présentèrent également les deux espèces d'alleux, savoir, la *sors barbarica*, l'alleu noble ou justicier, et la *sors romana*, l'alleu roturier.

Il est à croire que la même convention intervint entre les Francs et les Romains dans les provinces occupées par les premiers; mais ce ne fut pas une règle générale, prescrite par la loi; elle eut le caractère d'arrangement privé entre l'*honoratus* et le possesseur homme de pooste. Ce qui porte à le croire, c'est qu'on trouve l'existence de *tertiæ* indiquée dans une multitude de chartes et de diplômes, et que ces expressions désignaient, dans les localités partagées, les *sortes* du Romain ou celles du barbare. Quoi qu'il en soit, dans les provinces où le partage avait été le droit com-

(1) Cité par Dubos, t. 2, p. 568, note 6.

mun, les alleux existèrent en si grand nombre, que la présomption de l'allodialité fut celle de toutes les terres; tandis que, dans les autres parties du royaume, nous verrons qu'il en fut autrement et que l'alleu fut l'exception.

168. Les feudistes assignent une troisième origine à l'alleu roturier, et celle-ci est remarquable en ce qu'elle confirme la persistance des règles romaines. On a vu plus haut (n° 161) que les provinces jouissant du *jus italicum* étaient affranchies du cens, cette exemption étant le principal privilége du droit. Le maintien de la loi romaine fut presque partout la condition de l'établissement des barbares; les provinces jouissant du *jus italicum* durent donc être des terres d'alleux, et en effet elles eurent ce caractère: « Les provinces du royaume, dit Henrion de Pansey (1), qui, de » temps immémorial, jouissent de l'exemption du cens, sont le Lan- » guedoc, le Dauphiné, le Lyonnais et quelques pays adjacents. » Or, ces provinces sont précisément celles auxquelles les Romains » avaient communiqué le privilége des terres de l'Italie. »

La franchise de l'alleu fut tellement la condition générale de toutes les terres situées dans les provinces jouissant du droit italique, qu'en Italie toute possession libre du lien féodal fut un alleu; l'exemption des redevances justicières était le droit commun, et l'héritage qui n'était pas fief ne devait rien à personne. C'est la remarque de Benedicty: *Allodia in præsenti regno dicuntur burgensatica, seu burgensia, in quibus nullum jus princeps habet nisi protectionis et supremæ jurisdictionis* (2).

169. Le partage n'avait pour objet que l'affranchissement du droit dérivant de l'*hospitalitas*, savoir, l'*annona* ou le tribut foncier, et les obligations du *census publicus*, détaillées plus haut; le *sors* romain ou l'alleu roturier ne fut donc libéré que des droits qui se rattachaient à ces causes de l'impôt; mais le

(1) *Dissertations féodales*, v° *Alleu*, § 16. Cette observation a été faite par Benedicty, décis. 5, n° 500; Dominici, *De prærogativâ allodiorum*, cap. 2, n° 3 et 4; Salvaing, *De l'usage des fiefs*, chap. 52. V. aussi le savant ouvrage de M. Giraud sur la *propriété*, p. 302.

(2) In cap. Raynulius, décis. 2, n° 6.

possesseur ne fut pas libéré de toutes les autres nécessités étrangères à cet objet du tribut; il demeura soumis au service militaire, aux règles générales de la police, aux jugements ordinaires et aux amendes qui en étaient la suite. En d'autres termes, il n'échappait au pouvoir justicier de son hôte que sous le rapport des redevances imposées aux choses partagées. A tous autres égards, il demeura sujet à la justice dans le territoire de laquelle son domaine se trouvait situé.

Il en fut de même dans les pays de droit italique, dont le privilége ne consistait que dans l'exemption, fort variée d'ailleurs, de tout ou de partie de l'impôt. Les possesseurs d'alleux devaient donc rester, quoique affranchis des redevances, soumis au pouvoir du justicier en toute autre chose.

Telle fut en effet la règle seigneuriale, et cette règle n'a jamais été contestée : « Il est certain, dit Hévin, *Questions féodales*, » p. 228, qu'encore que les alleux ne sont pas tenus en fiefs ni » sujets à la foi et hommage substantiels au fief, ils sont pour» tant sujets à la justice et juridiction du seigneur dans laquelle » ils sont retirés; c'est la doctrine de tous les auteurs. M. Cujas » *ad l.* 1, *C. De jure emphyteut.*, et ailleurs : *Nihil omninò pen» sitant nec fidem, nec hominium*, etc., *sed tantùm jurisdic» tionem agnoscunt*. Galland, *Traité du franc alleu*, chap. 1 ; » Brodeau, sur Paris, art. 68; *Cout. d'Orléans*, *du Maine et » d'Anjou ;* Dumoulin, § 1, gl. 5, n° 53, etc. »

Ainsi les terres de franc alleu, affranchies du cens et des autres redevances justicières, n'en furent pas moins soumises à la domination du justicier; les effets de son pouvoir oppresseur furent aussi désastreux dans les régions où l'alleu fut la règle que dans celles où il fut l'exception ; les garennes, les bannalités, les péages, les droits de toute espèce, autres que les redevances ayant caractère de cens, existèrent et se multiplièrent à l'envi, comme pour remplacer les exactions interdites au seigneur. Le possesseur du petit alleu, faible et désarmé, fut promptement dépouillé, par son consort puissant, de ses droits dans les forêts et pâturages laissés indivis entre eux dans les partages originaires, et dont les textes barbares font à chaque instant mention. Réduit à son domaine, il y fut en butte à mille moyens d'oppression et de

tyrannie, devant lesquels sa liberté succomba (1) ; il chercha dans l'association féodale un abri contre la destruction, et consentit à reconnaître à ses possessions le caractère de fief, soit au profit du seigneur qui l'opprimait, soit au profit de quelque autre plus capable de le défendre.

Ainsi disparut une grande partie des petits alleux ; le nombre de ceux qui se conservèrent et survécurent à l'anarchie des dixième et douzième siècles fut plus grand où l'oppression fut moins violente ; dans les provinces du nord, où déjà naturellement ils étaient plus rares, ils disparurent presque complètement.

170. L'assujétissement féodal ne fut pas pourtant la ressource dernière de l'alleutier ; il se soumit à des conditions moins dures là où il put obtenir l'appui dont il avait besoin à un prix moins élevé que l'abandon du domaine direct de ses possessions et son engagement dans la vassalité.

Un manuscrit, dont MM. Delpit ont donné une intéressante analyse, jette un grand jour sur les conditions du petit alleu dans l'Aquitaine, et, par suite, des éclaircissements précieux sur la nature et l'origine de la justice des seigneurs, sur les terres allodiales situées dans l'enclave ou dans le voisinage de leurs territoires.

Le manuscrit se compose d'aveux ou déclarations donnés en 1273 à Édouard Ier, roi d'Angleterre, en sa qualité de duc de Guyenne, par les habitants du duché. Ces déclarations sont fort nombreuses, fort explicites et comprennent à peu près la totalité du territoire ; les terres féodales y sont partout mêlées aux terres allodiales et souvent dans les mêmes mains ; les reconnaissances relatives aux unes diffèrent de celles qui concernent les autres, et leur différence manifeste celle qui séparait, dans les principes de l'époque, le fief de l'alleu.

(1) Voy., dans Salvaing, t. 1, p. 15, le statut des libertés delphinales, où se trouvent retracés tous les abus dont les habitants étaient victimes. Voy. aussi les divers capitulaires relatifs aux Espagnols, dont j'ai déjà parlé.

171. Les feudataires reconnaissent leur qualité de subordonnés, *ligii, feudatarii* ; le lien féodal, *quod tenent de rege;* la nature de leur tenure, *in feodo;* l'obligation du service militaire comme chevalier ou sergent ; l'obligation de la justice devant le duc de Guyenne ; en un mot, tous les devoirs et redevances propres au contrat de fief, avec, toutefois, la variété que ce contrat comporte.

Parmi les propriétaires d'alleux, les uns déclarent qu'ils ne tiennent rien du roi, qu'ils ne lui doivent rien, ni l'hommage, ni le serment de fidélité, *ni la justice* (1).

Les autres se reconnaissent débiteurs d'une rente, d'une redevance, d'une corvée personnelle ; ces devoirs sont très variés, tantôt plus, tantôt moins éteudus ; quelques-nns ne consistent que dans une portion de rente fort légère : ainsi tous les droits que les alleux doivent au roi, dans l'entre-deux mers, s'élèvent à 40 fr., dont chaque alleutier supporte une part plus ou moins considérable à raisou de son alleu. D'un autre côté, il y avait des alleux tellement chargés de redevances qu'il devait être difficile de reconnaître une fief d'un alleu ; plusieurs même déclarent qu'ils ignorent si leur terre est un alleu ou uu fief (2).

Mais à tous s'appliquent plusieurs dispositions communes et qui se retrouvent sans exception :

1° La déclaration qu'ils sont hommes francs et libres (3) ;

2° Celle que leur terre est allodiale, *allodium* (4), mais soumise à telle ou telle obligation, rente ou redevance ;

3° L'obligation du service militaire comme soldats (5), *minores homines ;*

(1) *Tenent in allodium liberum sub dominio regis... Ità quòd nihil debent indè facere sibi nec alicui alii viventi.* Manuscrit de Wolfembutel, n° 303.

(2) *B. de Podensac, domicellus, super facto de Montassan, dixit...* SE DUBITARE *utrùm teneret in allodium vel haberet in feudum à duce prædicto. Arnoldus de Gyrauda tenet et tenuit in feodum immediatè et tenet ipse cum suis partiariis affarium de Lobens,* UT CREDIT. Notice de MM. Delpit, p. 44.

(3) *Homines franci, francales, liberi, home françois de lors cors.* Notice, p. 55.

(4) *Dictum allodium ut antiqui nostri referunt, quasi* SINE SERMONE. Voy. Ducange, v° *Verbum* dont *sermo* est synonyme.

(5) *Debent exercitum secundùm quod homines minores possunt et debent facere.* Ms. de Wolf., n° 497.

4° Le serment, non d'obéissance, de fidélité ou d'hommage, comme le feudataire, mais l'alliance, *pacem* (1).

De même aussi, dans toutes les reconnaissances se trouve la condition ou la cause des devoirs reconnus, savoir, la défense : *Pro quibus L solidis et XVII caponibus dictus dominus rex debet dictos homines custodire et defendere ab omni injuriâ, molestiâ, violentiâ et gravamine et ab omnibus emparatoribus garantiam asportare* (2).

« Quant aux redevances mentionnées, disent les savants au- » teurs de la notice, p. 55, il paraît résulter de l'enquête de 1236 » qu'elles ne remontent *qu'à une époque peu éloignée*. Habitants » des campagnes, isolés et sans défense, au milieu de la féoda- » lité, constamment pillés et harcelés par des ennemis auxquels » ils ne pouvaient résister (3), les hommes libres de l'entre-deux » mers furent obligés de s'adresser à un protecteur puissant, qui, » selon les circonstances, leur fit payer plus ou moins cher la » protection, presque toujours illusoire, qu'il leur accordait... La » trace du changement opéré de cette façon, dans la liberté primi- » tive de ces hommes francs, apparaît d'une manière frappante » dans les termes dont ils se servent dans quelques-unes de leurs » déclarations. C'est pour la défense de leurs terres que les habi- » tants de l'entre-deux mers ont consenti à payer un cheval à leur » prévôt ; c'est pour l'indemniser de ses peines (4) que les habi- » tants de Sainte-Eulalie d'Ambarès donnent au leur, les droits de » vente ; ils veulent être les hommes du roi, mais à condition qu'il » les défende et leur donne des garanties (5) ; ils ne jurent fidé- » lité à leur prévôt que lorsque celui-ci leur a d'abord fait ser- » ment, etc., etc. »

---

(1) *Debent jurare pacem castellano annuatim.* Ms. de Wolf., n° 637.

(2) Ms. de Wolf., n° 640 : *Volunt quòd dominus rex custodiat eos... pro illis sex denariis* (n° 638)..... *Et rex debet eos defendere ab omni injuriâ* (n° 583).

(3) Nous voyons, dans le petit cartulaire de la Sauve, qu'on accusait même les officiers du roi de vendre des hommes libres.

(4) *Ratione laboris*, Ms. de Wolf., n° 640.

(5) *Rex debet... et garantiam asportare.* Ms. de Wolf., n° 58.

172. La franchise des habitants de la Guyenne, à l'égard de tout seigneur justicier, constatée par le manuscrit, est conforme à ce que nous apprend un très ancien commentateur de la coutume de Bordeaux, Arnold Ferrou : *Aquitani*, dit-il, *id habent privilegium, ut res, fundos atque prædia in jurisdictione regis, et dominio aliorum, optimo jure, optimâque conditione, et liberè possidere possint, neque ulli vectigali, aut reditui, vel obsequio obnoxia* (1).

L'affranchissement absolu de tout impôt écartait nécessairement la domination justicière ; en d'autres termes, là où l'impôt n'existait pas, la justice seigneuriale ne devait pas exister non plus. Cependant le manuscrit nous présente les alleux comme généralement soumis à l'autorité justicière : « D'abord il faut savoir, porte la déclaration des citoyens de Bordeaux, que le roi, » les barons et ceux qui tiennent d'eux le droit de justice, exercent ce droit dans les alleux de la même manière que dans les » fiefs. » Mais il s'en faut que la justice, telle qu'elle apparaît dans les aveux du manuscrit, soit cette puissance indépendante et imposée qui caractérisait essentiellement la justice seigneuriale que nous connaissons. Ici la justice est conventionnelle, comme ailleurs l'obligation féodale, comme la défense et la protection dont il vient d'être parlé.

En effet, la défense et la justice ne sont qu'une seule et même chose et répondent à un même besoin : en se plaçant sous la protection du duc et en s'affiliant à la société dont il est le chef, l'alleutier cherchait à se garantir contre les étrangers, contre le duc et contre ses sujets : contre les étrangers, l'appui était la défense, *custodia ;* contre le duc, sa propre garantie ; contre ses sujets, la justice.

Une preuve manifeste que la justice, dans les mains du roi ou de ses officiers, n'était pas une conséquence d'un pouvoir supérieur et indépendant, c'est que tout prévôt, à son entrée dans sa charge, était tenu de promettre par serment, prêté non au prince, mais aux alleutiers eux-mêmes, qu'il exécuterait fidèlement les conditions du contrat qui liait ceux-ci au duc de Guyenne.

---

(1) Cité par Caseneuve, *Du franc alleu*, p. 104.

rœpositus potest et DEBET *exigere... omnem justitiam maam et parvam...* DEBET IPSIS JURARE *primò quòd eos custoat... et ipse prœpositus versâ vice et* PRIMO EISDEM. Ms. de Wolf., n° 207.

Une seconde preuve non moins puissante du même fait, c'est que les alleux qui ne reconnaissaient pas d'obligations conventionnelles, telles que les rentes ou redevances, n'étaient pas soumis à la justice du roi ou de ses officiers; ici l'alleu avait conservé toute sa franchise et la convention n'en avait pas modifié la liberté naturelle. « On trouve, disent MM. Delpit, p. 43, des » alleux tellement libres, que leurs possesseurs ne se croient pas » tenus de les faire connaître au roi et refusent formellement de » répondre aux questions qui leur sont faites à cet égard. D'au» tres allodiataires déclarent qu'ils ne doivent rien au roi, ni à » personne qui vive. Tandis que les uns sont soumis à la justice » du roi, d'autres réclament contre le droit de juridiction : car, » ajoute l'un d'eux, quand je comparais en justice devant le roi, » c'est par violence, comme lorsque je lui ai prêté le serment de » fidélité (1). »

Ces conditions infiniment remarquables de l'alleu dans la Guyenne autorisent à penser que, dans plus d'une possession allodiale, la justice eut le même caractère, et qu'elle dériva d'une convention que le seigneur eut grand intérêt à faire oublier et dont le souvenir s'effaça. Quoi qu'il en soit, et quelle que fût l'origine de la justice dans les alleux, sa source fut étrangère à la propriété du sol; elle fut cependant la même sur les terres allodiales et sur celles qui ne jouissaient pas du même privilége, et par conséquent partout elle n'eut également rien de commun avec le domaine et le droit au fonds; partout il fut également vrai de dire : *Justitia nihil habet commune cum domanio.* La considération des alleux est le commentaire le plus énergique de ce principe du droit seigneurial.

(1) Ms. de Wolf., nos 147, 262, 303.

§ III.

DE LA MAXIME NULLE TERRE SANS SEIGNEUR.

SOMMAIRE.

173. La royauté de la seconde race succomba sous l'établissement des grands alleux; celle de la troisième s'éleva sur leurs ruines. Charlemagne menace sans cesse les possesseurs de bénéfices royaux qui s'efforcent d'en dénaturer le caractère et de les transformer en alleux ; ses faibles successeurs luttent vainement contre la même tendance toujours plus générale et plus efficace.

Au dixième siècle, les bénéfices mêmes ont conquis le nom d'alleux, et la réalité doit s'attacher bientôt à la qualification usurpée.

Alors la royauté, dépouillée de sa directe sur les bénéfices par leur conversion en alleux, et de tout droit dans les justices devenues des honneurs héréditaires, s'écroula faute de pouvoir qui résidât encore en elle. Le royaume se trouva divisé en une multitude de dominations séparées, qu'aucun lien commun ne rattacha ni entre elles, ni à aucune autorité supérieure (1). Chaque association féodale, formée par le domaine ou par la justice, constitua un état distinct, en guerre avec ses voisins, et reconnaissant un seigneur suzerain, roi, duc ou comte. Celui-ci possédait, sur un territoire à peu près déterminé, toute la souveraineté de l'alleu; sous le rapport du domaine, il n'avouait aucun seigneur dominant; sous le rapport de la justice, aucun supérieur. Dans le langage de l'époque, il ne relevait que de Dieu et de son épée.

Les comtes de Paris, héritiers du nom de roi, exploitèrent habilement ce titre, sans valeur apparente aux yeux des autres possesseurs des débris de l'autorité centrale. Les circonstances augmentèrent leur influence en accroissant leur force militaire; l'acquisition et la conquête les rendirent redoutables; le premier moyen d'agrandissement fut la guerre, le second fut le droit, et l'impulsion qu'il donna aux populations qui l'accueillirent comme une promesse d'affranchissement.

Mais l'un et l'autre marchèrent toujours ensemble; la royauté ne cessa pas d'employer les armes des légistes et celles des soldats, pour réduire à son obéissance tous les alleux du royaume, grands et petits, féodaux ou justiciers.

« Les seigneurs damoiseaux de Commercy, dit Galland, les » ducs de Bar et quelques autres, sous couleur de franc alleu, » avaient autrefois conceu des titres de souveraineté, *anéantis » par la vigilance de nos rois*, lesquels, ès anuées 1301 et 1444, » se transportèrent en personne sur les lieux, *portèrent les es- » prits des seigneurs à la raison*, convertirent les francs alleux

(1) Voy. Guizot, 3e *Essai sur l'histoire de France*, et Laboulaye, *Du droit de propriété*, p. 312.

» en fiefs et hommages liges, *avec ressort au parlement de* » *Paris* (1). »

L'œuvre des légistes ne fut ni moins puissante, ni moins efficace (2); la propriété universelle du royaume fut le but auquel tendirent constamment les agents fiscaux. Ce serait une histoire aussi curieuse qu'intéressante que celle des envahissements successifs de la puissance royale sur les possessions seigneuriales, tant sous le rapport de la justice que sous celui du fief; je dois en constater ici quelques résultats.

174. La maxime *Omnia sunt regis* se composait de ces deux principes : « Toute justice émane du roi » et « Le roi est le souverain fieffeux du royaume. »

La souveraineté de la justice s'établit assez promptement comme règle générale (3); Beaumanoir l'exprime déjà comme un axiome féodal : « Toute laie jurisdiction du roïaume, dit-il, cap. » 11, nº 12, est tenue du roi en fief ou arrière-fief. »

Il était vrai, en effet, que le roi était justicier dans toutes ses possessions; c'était à ce titre que Hugues-Capet tenait le comté de Paris; ce fut également comme justiciers que ses successeurs acquirent et possédèrent les provinces qui successivement tombèrent sous leur domination et constituèrent le royaume. J'ai déjà fait remarquer que c'est en cette qualité que le roi agit, à l'égard de ses sujets, dans les coutumes qu'il accorde aux habitants de la Champagne ou de Lorris, et particulièrement dans les concessions et règlements de communes. Ce caractère est manifeste dans les actes législatifs des onzième et douzième siècles. C'est toujours comme duc, comte, châtelain ou justicier d'un ordre quelconque que le roi ordonne ou transige.

Mais il n'était pas également exact de dire que toutes les justices de son royaume étaient tenues de lui en fief ou arrière-fief. Dans l'exposé de la formation des justices, on a pu voir que si

(1) *Du franc alleu*, p. 14.

(2) Voy. les dissertations remarquables de M. Troplong sur l'influence des légistes au moyen âge, *Revue de législation*, t. 1.

(3) Je reviendrai sur ce point au chapitre du droit de juger.

quelques-unes ont été concédées à titre de fief, d'autres ne l'ont pas été avec cette nature. Entre le comte et ses vicaires il existait sans doute un lien de supériorité qu'il serait difficile aujourd'hui de déterminer, mais cette supériorité ne consistait ni dans la sujétion féodale, ni dans ce que plus tard on a appelé le ressort ou l'appel. Le vicaire était souverain à l'égard de ses sujets, et les frappait d'exactions sans recours; c'était à lui, comme à toute autre justicier, que s'appliquait le principe: « Entre toi » et ton vilain il n'y a de juge fors Dieu. » C'est déjà pour nous un point démontré.

L'appel, au contraire, était de droit dans la hiérarchie féodale; le seigneur suzerain était juge des actes de tous ses vassaux, et avait le droit de réprimer les abus de pouvoir ou dénis de justice dont ils se rendaient coupables envers les arrière-vassaux.

La même règle existait dans la justice, lorsqu'elle était concédée féodalement, soit avec le domaine, soit séparément.

Les légistes royaux avaient donc le plus grand intérêt à ranger les justices dans la hiérarchie féodale, et à supposer que partout où le roi dominait, les justiciers tenaient de lui la justice en fief. C'est aussi ce que suppose Beaumanoir, et immédiatement il en conclut le droit de ressort ou d'appel: « Et *por ce* pot on venir, en se cort, par voie de défaute de droit ou de faus jugement, quand cil qui de li tiennent n'en font ce qu'ils doivent. »

175. Mais la vérité résistait à ce système qui fut plus tard abandonné des légistes. Lorsque la royauté devint autre chose qu'un pouvoir féodal ou justicier, et que son autorité eut emprunté de féconds principes à la puissance impériale et aux textes du droit romain, la justice cessa d'être une concession inféodée. Elle devint une émanation du pouvoir souverain, et une délégation de la puissance publique. Ce nouveau système, inconciliable avec la patrimonialité des justices seigneuriales, résistait non moins que l'autre à la réalité, et les règles pratiques, dérivées de la véritable nature des choses, se prêtaient difficilement aux théories imaginées pour satisfaire à la nécessité de les concilier.

Quoi qu'il en soit, ce fut par l'invasion des justices que le domaine royal s'empara des rivières navigables, des trésors, mines et fortunes d'or, des monnaies, péages et marchés, des suc-

cessions d'aubains et deshérences (1); ce fut pour l'aider dans cette conquête que Loyseau inventa l'usurpation des justices seigneuriales, système vrai sous beaucoup de rapports, mais dont la royauté capétienne ne pouvait se faire un titre, l'usurpation ne s'étant pas accomplie sur elle; enfin, c'est à cette guerre qu'appartient l'institution des juges royaux dont la compétence et la prévention réduisirent promptement la juridiction seigneuriale à une vaine théorie.

En même temps que le fisc royal dépouillait les justiciers de tous leurs droits utiles, il faisait valoir ceux qu'il pouvait exercer au même titre; ainsi ce fut comme justicier immédiat ou suzerain qu'il établit les impôts dont furent grevés les sujets du royaume; tous ces impôts n'étaient d'abord que des redevances justicières aggravées et généralisées: les tailles, les fouages, les aides, les gabelles, les maltôtes, les péages, sont tous des droits de justices perçus jusqu'au seizième siècle par le roi comme justicier des contribuables. Et cela est si vrai que le nom, la nature, les conditions, et jusqu'au mode des perceptions, furent ceux des redevances justicières; les contribuables furent encore et exclusivement les roturiers, vilains, hommes de pooste, tous redevables des droits de justice; les nobles, les terres féodales, les terres immunes du clergé, en furent affranchis, comme on va le voir et comme on l'a vu, à l'égard des mêmes droits. Quand l'autorité royale fut pleinement constituée, le caractère de justicier fut mis de côté, et l'impôt fut rattaché à l'autorité royale plus large, plus puissante, plus féconde encore que l'autorité justicière.

Cependant, au dix-huitième siècle, les agents du domaine faisaient encore intervenir le roi comme justicier dans les procès qu'ils avaient à soutenir, et son influence en cette qualité fut toujours immense dans l'établissement des maximes et des règles législatives. En s'appuyant de son autorité royale, ils accroissaient ses droits de justice, et, à l'aide de son caractère de justicier, ils ont accru ses droits royaux. Ainsi, dans les procès élevés entre les justiciers et leurs sujets, l'intérêt du roi faisait pencher

(1) Voy., au chapitre suivant, le sort du droit de juger.

la balance en faveur des premiers; dans les luttes du roi contre les seigneurs, les droits de justice cédaient au pouvoir royal.

176. La maxime que le roi est souverain fieffeux du royaume n'a jamais été aussi universellement reconnue que celle qui rattachait à son pouvoir toutes les justices. Néanmoins, elle a porté de notables fruits. Longtemps de nombreux jurisconsultes l'ont niée formellement, par exemple, dans la controverse du franc alleu, où la directe universelle était précisément l'objet de la discussion. Pour parvenir à son établissement, les légistes royaux avaient fait une manœuvre habile et qui prouve avec quel soin il faut se garder des concessions de principes vis-à-vis des agents domaniaux. Ils avaient parfaitement compris qu'élever immédiatement la prétention que toutes les terres appartenaient au roi, en directe, c'est-à-dire en propriété, n'était pas praticable; mais ils avaient formulé leur proposition sous des termes généraux et restrictifs qui la firent admettre comme étant sans danger. Ils dirent que le roi était propriétaire, non pas spécialement, mais universellement, *non specialiter*, *sed in universo*(1), et l'assertion passa; les feudistes les moins fiscaux l'admirent. Ils avancèrent aussi que le roi n'était pas propriétaire dans son intérêt particulier, mais pour le bien commun, et cette règle fut encore admise: *Quandò commune bonum*, *et reipublicæ necessitas hoc exposcit*, dit Dumoulin, § 1, gl. 2, nº 66, *tunc ad hanc duntaxat finem, omnia sunt regis.* C'était beaucoup assurément, malgré les restrictions, d'avoir fait écrire à Dumoulin, *Omnia sunt regis.*

Ce fut à l'aide de ces deux concessions que les domanistes firent admettre la règle que le roi est le souverain fieffeux du royaume, rattachant ainsi à sa directe toutes les possessions féo-

(1) Joannis Sainson, sur la coutume de Tours, titre des basses justices, art. 3 : *Licet rex christianissimus non sit fundatus de jure communi in dominio rerum in regno suo sitarum*, *est tamen fundatus in universo.* Voy. Boërius sur la coutume de Bourges, tit. 1, § 9, et Rebuffe, *In feud. dat.* C'est ainsi que Beaumanoir disait : « Voies est que li roi *generalment* a la » garde des églises du roiaume, mais *especialment* çascuns baron i'a en se ba» ronnie. » Cap. 46, nº 1. Au seizième siècle, le roi était exclusivement et très spécialement le gardien de toutes les églises de France.

dales; système évidemment chimérique et qui contrarie toutes les données de l'histoire, en ce qu'il suppose une époque où le roi a été propriétaire, *cum pleno dominio*, de toutes les terres inféodées. Dans le système le plus large, on ne peut accorder aux rois de la première race que les terres fiscales de la domination romaine, possessions déjà échappées de leurs mains avant Charles Martel, c'est-à-dire plus de deux siècles avant la généralisation du système féodal.

Quoi qu'il en soit de la vérité de cette maxime, introduite dans quelques coutumes par l'influence des agents royaux, elle enrichit le domaine des droits d'amortissement et de franc-fief; les premiers ayant pour objet de faire payer un droit pour toute transmission de terre féodale à un établissement de mainmorte, les seconds consistant dans un droit exigible sur l'acquisition, par un roturier, d'un fief: les uns et les autres fondés sur ce que ces deux actes nuisaient aux droits du roi, comme seigneur suzerain. C'est par le même principe qu'on a vu les affranchissements de serfs donner ouverture à un droit prélevé au profit du roi comme suzerain du fief appeticié.

C'est à l'existence des droits de francs-fiefs et d'amortissement que la règle Nulle terre sans seigneur a dû son succès; il était de l'intérêt du domaine que toutes les terres fussent considérées comme féodales, puisque ces droits n'étaient perçus qu'à raison du fief et de la qualité de fieffeux appartenant au roi. Déjà les seigneurs avaient tenté d'établir la maxime à leur profit, mais, lors de la première rédaction des coutumes, ils n'avaient réussi que partiellement. Lorsque l'intérêt du domaine intervint au débat, les alleutiers succombèrent presque partout.

177. La maxime Nulle terre sans seigneur doit être envisagée sous deux rapports : à l'égard du seigneur féodal, et relativement au justicier.

Les concessions féodales furent originairement limitées et déterminées, comme toutes les possessions transmises par les autres contrats. Le bénéfice, comme le bail, la vente, la donation et tous les actes translatifs d'un droit territorial, contenait très exactement l'état de toutes les choses mobilières ou immobilières comprises dans la convention (v. *suprà*, n° 158). Tant

que les chartes de concession existèrent, aucune difficulté ne put s'élever sur le point de savoir si une terre faisait ou non partie d'une possession féodale, sauf toutefois celles qu'une rédaction obscure ou usurpatrice pouvait soulever. Mais lorsque le temps eut détruit les titres primitifs, et que des conventions de toutes sortes eurent démembré le domaine du seigneur dominant, des prétentions opposées prirent naissance; l'origine et la nature des possessions voisines de ce domaine, ou enclavées dans d'autres possessions reconnues pour en avoir été détachées, devinrent incertaines et donnèrent lieu à des contestations à peu près insolubles. Le possesseur soutenait que sa terre n'avait jamais fait partie du domaine voisin; le seigneur, au contraire, prétendait qu'elle était censuelle ou féodale, ayant été distraite de ses possessions comme toutes celles qui l'avoisinaient ou l'entouraient.

Il est manifeste qu'aucune loi, aucune règle ne pouvait servir à résoudre la question; il s'agit donc d'en admettre et d'en établir.

La lutte a été vive et longue et la solution diverse, comme elle devait l'être en raison des éléments qui pouvaient y conduire. Il était naturel, en effet, que dans chaque localité on prît pour règle le fait le plus général. Ainsi, là où existaient de nombreuses possessions, jouissant, depuis un temps immémorial, du titre et de la qualité d'alleux, on dut admettre, comme droit commun, ce titre et cette qualité, à l'égard de toutes les terres pour lesquelles l'affectation féodale ou censuelle n'était pas démontrée. Là, au contraire, où les jouissances libres et allodiales étaient rares et pour ainsi dire exceptionnelles, le principe opposé s'établit naturellement.

Deux règles différentes se partagèrent donc le territoire du royaume, et chaque jurisconsulte enseigna celle du pays pour lequel il écrivait. Dumoulin, en commentant la coutume de Paris, proclame le principe de l'enclave en ces termes: *Habens territorium limitatum in certo jure sibi competente, est fundatus jure communi, in eodem jure, in quâlibet parte sui territorii... habet intentionem fundatam quòd quilibet possessor fundi in eodem territorio teneantur agnoscere eum, in feudum vel in censum* (1).

(1) § 68, gl. 1, n° 6.

La coutume de Saintes parla comme Dumoulin, art. 18 : « Tout seigneur de fief se peut dire et porter seigneur de toutes » et chacune les choses situées en son fief, dont il ne lui est » fait hommage, devoir ou redevance, excepté des choses encla» vées en dedans de son dit fief et tenues d'autrui, ou par gens » d'église, en franche aumône, ou autre titre particulier. » D'autres coutumes continrent la même règle d'une manière plus ou moins précise.

Le principe contraire fut admis dans les pays où les alleux étaient communs, pays que j'ai déjà fait connaître *sup.*, nº 168. Salvaing écrivait en conséquence, pour le Dauphiné : « Ceux qui » prétendent la directe universelle doivent être fondés en titre, » ne suffisant pas qu'il y ait des reconnaissances de la plus » grande partie d'un territoire uniforme, continu, limité et en » droit d'enclave (1). »

La coutume de Chaumont, art. 62 : « L'on tient audit bail» liage que tout héritage est réputé franc, qui ne le prouve être » redevable d'aucune charge, quelque part qu'il soit assis. » Et la coutume de Nivernais, chap. 7, art. 1 : « Tous héritages sont » censés et présumés francs et allodiaux, qui ne montre du » contraire. »

Les coutumes où la présomption de féodalité fut admise furent dites coutumes censuelles; les autres, coutumes allodiales.

178. Le principe proclamé par les coutumes censuelles n'était pas encore la maxime Nulle terre sans seigneur ; la présomption de féodalité ne s'appliquait en effet qu'aux terres enclavées dans un domaine limité ; quant à celles qui n'étaient que voisines ou contiguës d'un territoire féodal, elles n'étaient point censées en faire partie. C'est au territoire limité que se rattachait la cause de la présomption ; on supposait que celui dont la possession était déterminée par des tenants et aboutissants certains et fixes, était propriétaire au même droit de tout ce qui était compris dans les limites ou mètes de sa seigneurie.

---

(1) *De l'usage des fiefs*, chap. 53.

Ce principe produisait deux conséquences fort graves : d'abord il s'étendait à toute possession féodale en fief, arrière-fief ou censive ; en sorte que tout propriétaire d'une terre de cette nature était saisi du domaine utile de tous les éléments des fonds, terres, bois, prés, étangs, rivières, compris dans les mètes de sa concession, à moins d'une réserve expresse conservant au seigneur dominant la propriété pleine, entière et absolue de telle ou telle portion déterminée du domaine concédé. Cette considération recevra plus tard une application importante aux eaux courantes.

La seconde conséquence est relative aux droits de justice. La limitation précise du domaine était un signe déterminant de la directe féodale ; c'était une condition naturelle du fief, ainsi que je l'ai exposé plus haut (nº 158) ; ce n'était pas celle de la justice, dont le territoire (nº 159), au contraire, n'était déterminé que par les indications vagues, sous le rapport des lignes séparatives, des *pagus* ou des *villæ* de la *potestas*. Il suivait de cette différence caractéristique que tout seigneur limité était présumé féodal ; par conséquent, s'il était justicier, il possèdait à la fois la justice et le fief, et par suite avait droit aux prérogatives propres à chacun de ces pouvoirs. C'est ce qu'exprimait, par exemple, la coutume d'Angoumois, art. 35 : « Tout seigneur châ- » telain ou autre, ayant haute justice, ou moyenne ou basse et » foncière, *avec territoire limité*, est fondé par la coutume de » soi dire et porter seigneur direct de tous les domaines et héri- » tages, étant en icelui, qui ne montrent dûment du contraire. »

Cette observation ne doit pas être perdue de vue, elle explique les dispositions coutumières analogues qui semblent attribuer au justicier la directe du territoire soumis à sa justice ; cette attribution ne doit s'entendre qu'à raison du territoire limité ; ce n'est pas à la justice que la directe est affectée ; c'est un droit de fief supposé dans les mains du justicier, comme féodal et par suite de la limitation du territoire. La vérité de cette assertion résulte bien évidemment, dans la coutume sustranscrite, de ce que la disposition concerne même le seigneur possesseur d'une simple justice foncière.

179. Les principes du fief ne pouvaient guère aller plus loin ;

l'ambition des seigneurs et celle du fisc royal n'étaient donc pas satisfaites ; on s'adressa aux éléments de la justice.

J'ai déjà fait voir que la puissance justicière dominait toutes les terres du royaume, et même les possessions allodiales, sauf quelques localités soustraites à cette domination par des causes le plus souvent oubliées.

La maxime «Nulle terre sans seigneur» était donc généralement vraie partout, en supposant qu'il s'agit d'un seigneur justicier.

Elle avait pour conséquence que les droits de justice étaient partout exigibles, à moins d'immunité résultant ou de concessions particulières, ou de règles générales dérivées des conditions primitives de l'établissement justicier.

Or, ainsi que je l'ai fait observer également, les immunités ne comprenaient pas toutes les prestations justicières ; l'affranchissement de la personne exemptait ses possessions de toute redevance (1), mais celui de la possession n'affranchissait pas la personne de toute obligation tributaire.

Cette double règle se retrouve très exactement dans les institutions seigneuriales.

Ainsi nous savons que l'allodialité consistait dans l'affranchissement de la terre du cens justicier; c'était l'immunité du sol; elle ne s'étendait pas à la personne. C'est pourquoi les polyptiques du dixième siècle présentent des terres dites allodiales, libres de cens foncier, mais dont les possesseurs ne sont pas moins astreints à toutes les redevances personnelles et même à celles du colonage (2). Sous le régime seigneurial, le roturier ou l'homme de pooste put également posséder des terres d'alleu, et, quoique soumis personnellement à toutes les exactions de la justice, ses possessions demeurèrent affranchies de toute redevance censuelle.

D'un autre côté, le propriétaire noble, militaire, honoré ou appartenant à une classe quelconque des immunes, ayant cette qualité à raison de sa personne, affranchissait de toute presta-

---

(1) *Quibus esset ab imperatore remissum tributum capitis, etiam immune solum esse factum.* Voy. cette citation, *suprà*, n° 164.

(2) Voy. Guérard, polyptique d'Irminon, t. 1, p. 478.

tion justicière les terres qu'il possédait, quelle que fût leur nature. Il en résulta que tout domaine féodal se trouva affranchi du cens justicier, et l'exemption s'étendit aux fiefs, arrière-fiefs et censives; aux premiers, par la double raison que le propriétaire de la directe et le possesseur du domaine utile étaient également et nécessairement militaires, au moins dans l'origine, et longtemps encore après que l'immunité se fut incorporée à la terre avec la noblesse elle-même; aux censives, parce que le censitaire n'était qu'un possesseur et que le véritable propriétaire était le seigneur, affranchissant sa terre à raison de sa directe, dans quelque main que fût le domaine utile.

Ainsi, noble ou roturière, toute terre engagée dans les liens du fief n'eut rien à payer au justicier; tout service, prestation ou redevance imposée au possesseur fut féodale et appartint au seigneur du fief.

180. Mais les possessions qui ne jouissaient pas du privilége de l'allodialité, ou qui ne dérivaient pas de la concession féodale, demeurèrent nécessairement assujéties au cens justicier.

La persistance du cens romain a été vivement contestée et l'objet de savantes controverses.

Montesquieu l'a traitée avec plus de hauteur que de véritable critique : « Le mot *census* et *tributum*, dit-il (1), ayant été em- » ployé d'une manière arbitraire, cela a jeté quelque obscurité » dans la signification qu'avaient ces mots dans la première et » dans la seconde race; et des auteurs modernes (2) qui avaient » des systèmes particuliers, ayant trouvé ce mot dans les écrits » de ce temps-là, ont jugé que que ce qu'on appelait *census* » était précisément le cens des Romains... et, *comme de certains* » *droits levés dans la seconde race ont été, par quelques ha-* » *sards* et par de certaines modifications, convertis en d'autres, » ils en ont *conclu que ces droits étaient le cens des Ro-* » *mains.* »

Cette opinion d'ailleurs n'est que la conséquence d'une idée

(1) Liv. 30, chap. 14.
(2) L'abbé Dubos.

plus générale et précédement exprimée par l'illustre légiste, que les rois barbares n'avaient pas continué de percevoir le tribut romain, et que, même sous leur domination, il n'existait aucun système général d'impôt; assertion qu'il appuie de ce que « l'art de la maltôte est toujours inventé après coup et lorsque » les hommes commencent à jouir de la félicité des autres » arts (1). »

Ce système a été si complètement réfuté, la persistance de l'impôt romain a été si savamment démontrée (2), et d'ailleurs, résulte si manifestement de tout ce qui précède, que je n'ajouterai sur ce point que quelques observations générales, insistant du reste particulièrement sur le cens qui tient de plus près à mon sujet.

Il serait bien étrange assurément que, dans un temps où les actes de toute espèce présentent à chaque page et pour ainsi dire à chaque phrase ces mots : *tributum*, *fiscus*, *exactio*, *functio publica*, *census*, *prædium tributarium*, *terra censalis*, *pars regia*, *pars fiscalis*, *pars judiciaria*, il n'existât pas d'impôt public. Or, ces mots se lisent dans tous les monuments de la première et de la deuxième race; les exemples que j'en ai déjà donnés suffisent et au delà pour justifier cette assertion.

D'un autre côté, comment attribuer raisonnablement « à quel- » ques hasards » l'identité de noms, d'objets, de redevables, d'exacteurs, de règles et d'exceptions, qui se manifeste d'une manière si frappante entre l'ensemble des droits de justice et le système de l'impôt romain? N'est-il pas plus conforme aux règles de la logique et du bon sens d'y voir la persistance d'un régime auquel, depuis quatre siècles, les peuples étaient accoutumés? de croire avec Dubos et les auteurs modernes, si maltraités par Montesquieu, que tout ce qui, dans ce régime, put convenir à l'établissement barbare fut conservé, et que les redevances, d'abord appropriées aux besoins du fisc royal, le furent plus tard à ceux des comtes et de leurs subalternes qui s'en at-

(1) Chap. 12.

(2) Voy. les *Dissertations féodales* d'Henrion de Pansey, v° *Alleu*, § 16; les *Institutions mérovingiennes* de Lehuërou, liv. 2; les observations de M. Pardessus sur la loi salique, etc.

tribuèrent le bénéfice? Il n'est pas nécessaire, pour arriver à ce résultat, de supposer que les Germains fussent capables d'imaginer un système de maltôte. Il suffit de croire que des hommes en possession depuis deux siècles d'exploiter les contribuables, sous la domination des empereurs, ont continué de le faire sous le gouvernement des rois barbares; croyance assurément fort raisonnable et qui n'a rien de puéril (1).

Pour supposer avec Montesquieu que l'impôt impérial ait péri et que des convenances féodales ou serviles l'aient seules remplacé, il faudrait indiquer un temps de repos dans les souffrances du peuple et dans les exactions des justiciers; si jamais ce temps a eu lieu, il doit être facile de montrer l'époque où cet évènement immense pour les populations s'est réalisé, dans quels actes on en trouve la preuve, quels monuments historiques manifestent le passage de l'asservissement terrible des publicains de Rome à la liberté, et de cette liberté à l'assujétissement féodal. Mais inutilement on cherche, dans l'histoire des siècles qui séparent le gouvernement des derniers empereurs de la nuit célèbre du 10 août 1789, un moment où ces droits perçus par les mêmes supérieurs, sous les mêmes noms, à raison des mêmes choses, dans les mêmes conditions, sur les mêmes redevables, ont été suspendus et ne sont pas mentionnés dans tous les écrits contemporains comme actuels, odieux, tyranniques et impitoyablement exigés.

181. Ce qui est vrai des impôts romains en général, et ce que démontrent les chapitres précédents, pour tous les droits examinés, l'est également pour le cens. La raison se refuse à croire que lorsque les tributs personnels et réels autres que le cens ont été si intégralement conservés, le cens seul, le plus facile à percevoir, le plus ancien, et peut-être le moins oppressif, ne l'ait pas été. Pourquoi donc les justiciers de toutes classes et de toute nature auraient-ils particulièrement renoncé à ce qui faisait le principal élément de leur richesse?

Des textes fort nombreux des deux premières races consta-

(1) « O Athéniens, vous n'êtes que des enfants! » Montesquieu, liv. 30, chap. 14.



tent l'existence d'un cens perçu par le *judex*, et autre que le *reditus* appartenant au propriétaire. Un capitulaire de 615 porte : *Ut ubicumque census novus impiè additus est*, *et à populo reclamatur*, *justâ inquisitione misericorditer emendatur* (1). C'est d'un cens imposé sur le peuple qu'il s'agit ici et non d'une redevance colonaire ou servile.

Par un capitulaire de 805, Charlemagne disait : *Census regalis undecumque legitimè exiebat*, *volumus ut indè solvatur* (2). Le *census regalis* ne s'est jamais dit des revenus d'une propriété privée. Enfin, par un autre capitulaire de 812, le même prince ordonnait : *Ut missi nostri census nostros diligenter inquirant*, *undecumque antiquitùs venire ad partem regis solebant* (3). *Pars regis* ne peut avoir d'autre signification que celle d'une redevance fiscale.

Mais l'expression *census* ne signifiait pas seulement le tribut foncier : elle s'appliquait déjà à toute espèce de rentes, produits ou profits annuels ou périodiques. Les jurisconsultes glossateurs avaient depuis longtemps fait cette observation lorsque Dumoulin la consignait dans son Traité des censives : *Notandum est quòd census est dictio æquivoca seu variæ significationis*, et le jurisconsulte compte cinq significations distinctes de ce mot (4).

La dénomination de *census* s'appliquait aux redevances de toute espèce, et leur nombre, leur mode et leurs conditions étaient multiples.

Indépendamment du tribut perçu par le *judex* comme impôt foncier, le nom de *census* s'appliquait, dans la langue légale ou dans le langage usuel, toujours moins exact, aux prestations ou canons des fermiers des biens fiscaux, aux colons de l'État, et aux preneurs emphytéotiques des terres publiques. Ces cens étaient également perçus par les *judices* ; il est à croire qu'ils ont continué de l'être par les justiciers barbares, et que par la suite

(1) Baluze, t. 1, p. 25.
(2) *Id.*, t. 1, p. 757.
(3) *Id.*, p. 398.
(4) § 73, *in Rub.*, n° 7.

ils ont fait partie des droits de justice seigneuriale. Ce caractère se reconnaît assez distinctement à certaines redevances, usitées dans les pays de droit écrit où l'usage romain a conservé ses vestiges plus entiers. Néanmoins le cens de cette espèce a dû être facilement et promptement confondu avec le tribut proprement dit.

182. A côté du cens public était le cens privé, plus divers encore que le premier.

Le propriétaire, en effet, recevait des redevances de ses colons, de ses fermiers, de ses esclaves.

Les colons n'étaient pas de simples fermiers; ils avaient une part du droit de propriété plus ou moins étendue, et qu'il est aujourd'hui fort difficile de constater.

Il existait des colons de plusieurs espèces, plus ou moins éloignés de la liberté et plus ou moins voisins de l'esclavage; ils reçoivent dans la loi romaine différents noms significatifs de leurs qualités; ces noms sont relatifs au rapport qu'ils ont avec l'impôt.

Les uns le paient comme propriétaires; les autres l'acquittent pour le propriétaire; d'autres ne le paient pas, mais comptent pour son établissement.

Les premiers ont un droit certain dans la propriété du sol; les autres ne sont que des fermiers; les troisièmes appartiennent à la classe des esclaves.

Les serfs ou esclaves, *servi*, rangés dans la classe des choses, *ut mancipia*, sont recensés pour déterminer l'impôt à payer par leur maître; c'est par ce motif qu'ils sont appelés *censiti;* c'est parce qu'ils étaient une cause de profit pour le fisc que la faculté de les affranchir fut interdite ou limitée.

Enfin le propriétaire recevait encore des *census* de ses fermiers, par contrat de simple bail, *ex locato conducto;* de ses preneurs emphytéotiques, et de ses affranchis.

Il est à remarquer que la loi romaine intervient sans cesse entre le propriétaire et ses emphytéotes, esclaves et colons; leurs droits réciproques sont réglés dans une multitude de dispositions. Le *judex* interpose à chaque instant son autorité; c'est lui qui dit la loi, l'applique et la fait exécuter.

Toutes ces conditions se retrouvent dans la législation barbare ; mais la prescription législative, intervenant entre le maître et ses subalternes presque partout, a pris le caractère de coutume. Cette apparence fut une cause puissante et inévitable de confusion entre le cens justicier et le cens privé.

Une cause plus efficace encore de confusion résultait de l'élévation énorme de l'impôt foncier dans certaines localités. Suivant Hyginus, plusieurs provinces payaient la moitié du revenu net ; les justiciers barbares ne diminuèrent pas sans doute la proportion de l'impôt, et c'est le cens que nous trouvons désigné sous le nom de *medietates*, dans une multitude de chartes des deux premières races. Il est facile de reconnaître, aux droits dont la concession était faite en même temps, que cette dénomination n'avait pas pour objet le partage du propriétaire avec son fermier, quoique cette convention portât aussi le même nom, et qu'il s'agit d'une redevance justicière.

Enfin, le cens fiscal a dû souvent prendre la place du cens privé, et le justicier celle du propriétaire, lorsque la première redevance s'est trouvée tellement élevée, qu'elle a réduit à néant la seconde. On a vu déjà (n° 100) l'exemple d'une redevance justicière de cent muids de vin sur une terre qui parfois n'en produisait pas trente. Une exaction qui causait l'abandon des terres par le cultivateur devait, à plus forte raison, absorber le revenu du propriétaire, et cet état de chose prolongé dut faire oublier le droit de celui-ci, qui passa tout entier au possesseur de la redevance justicière.

Le nombre des cens fut considérablement accru par les conventions bénéficiaires ; les concessions de bénéfices se firent, en effet, *sub censu legitimo ;* le recommandataire reçut la propriété recommandée, *sub modico censu ;* les précaires ecclésiastiques eurent également lieu moyennant un cens ; puis vinrent les dixmes, les neumes et autres redevances périodiques imposées, au profit des églises, sur certaines possessions dont elles avaient été probablement dépouillées ; puis les accrues de cens et les doubles cens, toutes rentes ayant pour cause tantôt le cens privé, tantôt le cens public, tantôt un évènement intermédiaire et une transaction entre la spoliation royale ou seigneuriale et la propriété ecclésiastique ou particulière.

Dans les douzième et treizième siècles, les stipulations interve-

nues entre les habitants et les justiciers, les établissements des communes, les affranchissements de serfs, le règlement des obligations colonaires, enfantèrent une multitude de redevances nouvelles ayant pour objet de remplacer la condition du servage ou du colonage, des exactions contestées, des prétentions tyranniques, des oppressions violentes, des droits absurdes et immoraux, toutes possessions seigneuriales menacées par l'institution de la royauté, ouvrant un abri aux populations qui s'y précipitaient de toutes parts. Ces rentes furent excessivement nombreuses; presque partout elles furent déterminées à raison de la nature et de l'étendue de la propriété du débiteur, sans que cependant le créancier de la rente eût sur le sol un droit réel. Il suffit de lire quelques chartes de cette espèce pour reconnaître que la possession du redevable n'est pas la cause, mais la mesure de sa redevance.

A toutes ces formes si multiples du cens viennent se joindre les prix de baux perpétuels ou temporaires, tels que les complants, les rentes, les champarts, les domaines congéables, les métairies perpétuelles, les locatairies perpétuelles, enfin les emphytéoses dont le nom emprunté à la législation romaine se retrouve partout et le contrat originaire nulle part, du moins dans les pays coutumiers.

183. Parmi toutes les conventions portant redevance censuelle, trois principales se distinguèrent et finirent par fixer seules l'attention des jurisconsultes.

La première fut le bail à cens; ce contrat remplaça, dès le douzième siècle, le bénéfice sénioral. Quoique fort diversement dénommé suivant les localités, il eut pourtant pour caractère essentiel l'établissement du lien féodal entre le bailleur et le preneur. En sorte que celui-là pût seulement bailler à cens qui pouvait se constituer seigneur féodal; la redevance fut possédée noblement, mais la terre roturièrement. Toutes les conditions de ce contrat sont évidemment d'une date postérieure au premier établissement des fiefs et fortement empreintes des idées issues des institutions des douzième et treizième siècles.

La seconde fut l'emphytéose et le bail perpétuel ou à longues années. Ces deux contrats différaient du bail à cens en ce qu'ils

n'engendraient point le lien féodal, en ce qu'ils ne constituaient, entre le bailleur et le preneur, aucun lien de seigneurie, et par conséquent ne supposaient ni noblesse, ni roture; mais, comme le bail à cens, ils divisaient la propriété en domaine direct et domaine utile.

La troisième fut le bail à rente; ce contrat fut une modification de la vente; il n'en différait qu'en ce que le bailleur créancier de la rente conservait dans l'immeuble vendu un droit réel; ce droit n'était pas le domaine direct, mais bien un démembrement de la propriété, de la nature de notre hypothèque, quoique plus intense et plus puissant. Le bail à rente n'avait rien de féodal, et par conséquent n'avait de rapport avec le bail à cens qu'en ce qu'il constituait comme lui un cens ou une redevance.

Mais le bail à cens, le bail emphytéotique et le bail à rente avaient cela de commun qu'ils assujétissaient le possesseur du fonds au paiement d'une prestation, laquelle, dans les trois contrats, pouvait consister en argent, en fruits ou en denrées. Cette similitude dans l'exécution, lorsque les caractères distinctifs ne pouvaient se manifester que dans les clauses constitutives, suffisait pour jeter l'incertitude sur la véritable nature des possessions. Toute l'attention des jurisconsultes se concentra donc dans les signes distinctifs de ces trois contrats; on ne s'attacha plus qu'à rechercher si le cens ou la redevance appartenait au bail à cens et constituait le lien féodal, ou au bail emphytéotique comportant la directe, ou au bail à rente translatif de la pleine propriété.

On perdit de vue la distinction du cens justicier et du cens bénéficiaire ou féodal.

Cet oubli fut sans doute puissamment aidé par la tendance des seigneurs à convertir leurs redevances justicières en rentes féodales; il est facile de le suivre dans les ouvrages des feudistes anciens; on voit assez distinctement les maximes de l'un passer dans la jurisprudence de l'autre, au moyen de quelque extension ou de quelque modification dans les textes.

Par exemple, Balde, Barthole, Angelus, Saliceti, Panormitanus et autres jurisconsultes du XV[e] siècle, écrivant sous l'empire des idées romaines, posent en principe que le cens, en tant que tribut, est la reconnaissance du domaine universel du prince :

« *Census pro publico tributo*, dit Dumoulin d'après ses devanciers (1), *est propria et vera appellatio in materiâ juris scripti et ejusmodi census non præstatur fisco seu supremo principi in recognitionem particularis dominii rei censitæ, quæ nihilominùs est in pleno dominio possessoris*; *sed in recognitionem universalis dominii ; ut rectè tradunt Bald.*, *Barth.*, *etc.* »

Au XVIe siècle la maxime de Balde a doublement profité, 1o au fisc royal, en lui attribuant le domaine universel; 2o aux seigneurs justiciers, en faisant du cens en général la reconnaissance du domaine direct. Dumoulin définit le cens seigneurial sans distiction : *modicum annuum canon quod præstatur in recognitionem dominii directi* (2). Les rédacteurs des coutumes suivent cette définition ; celle d'Auvergne porte, art. 1, tit. 3 : « Tous cens ou rente du et assis sur fonds et héritage » certains emporte droit de directe seigneurie, s'il n'appert du » contraire.» Et la coutume de Nivernais, chap. V, art. 1 : « Au » seigneur censier appartient seigneurie directe, sur la chose » tenue de lui audit titre. » Disposition reproduite en plusieurs autres et qui détermine désormais le caractère distinct du cens; il n'est plus de jurisconsulte qui ne rattache les cens de toute espèce, autres que ceux qui dérivent de l'emphytéose ou du bail à rente, au bail à cens, c'est-à-dire à la concession féodale roturière.

184. Cependant la persistance du cens justicier n'en est pas moins un fait constant.

La plupart des écrivains qui ont examiné la question de l'impôt sous les races barbares ont pensé qu'il en existait incontestablement sous la première, mais non sous la seconde ; ils ont cru reconnaître au *census* des actes de cette dernière époque un caractère de redevance privée, étranger à la nature de tribut.

Lorsque la royauté cessa d'exister, il ne put plus y avoir de fisc royal, de caisse publique, de trésor public ; il ne saurait par conséquent se rencontrer d'impôt public à cette époque.

Or, la disparition du pouvoir central fut le caractère distinc-

(1) § 73, rub. 15.
(2) *Ibid.*, no 18.

tif de la domination de la seconde race ; les rois de la première sont encore les représentants des empereurs, et leur autorité, le signe d'une puissance publique ; mais ceux de la seconde, du moins les successeurs de Charlemagne, n'ont plus de pouvoir que celui de seigneurs. Charlemagne lui-même possède son royaume comme les *seniores* possèdent leur séniorat ; c'est à sa supériorité personnelle, à sa force militaire, plutôt qu'à son titre d'empereur, que se rattache l'obéissance générale qu'il obtient ; les marques de sujétion universelle, les serments qu'il exige des habitants comme citoyens, sont manifestement des efforts qu'il tente pour reconstituer les institutions qui se dissolvent. Mais ses efforts sont impuissants et ne peuvent retenir le pouvoir impérial aux mains de ses successeurs. Après lui, il n'existe plus d'empire, plus de trône, plus de royaume, en un mot plus de république ; il n'y a plus qu'anarchie et possession privée.

Il n'est donc pas étonnant qu'on ne trouve plus de redevances avec le caractère d'impôt public ; elles sont tombées dans le domaine individuel. Mais elles n'ont pas pour cela perdu leur nature et leur cause première. Parce qu'elles ont cessé d'être versées dans le trésor royal, elles ne sont pas devenues des redevances convenancières, ou des fermages ; en passant des mains du roi dans celles du justicier, elles n'ont pas créé un contrat entre celui qui paie et celui qui perçoit ; je l'ai déjà dit et prouvé. Pour le débiteur, elles n'ont pas changé de caractère ; elles sont comme auparavant le *tributum* et le *census* ; c'est un impôt ; c'est le tribut romain, ayant la même cause, la conquête, et la même nature, l'exaction ; et cela est si vrai, si évident, si bien dans les idées même de ceux qui le perçoivent, qu'ils reconnaissent la nécessité d'un pouvoir autre que le leur, du *bannum* et d'un *judex* pour le prélever (nº 119).

Il semble que le travail principal de la domination barbare ait été la transmission des possessions publiques du fisc romain aux mains de propriétaires privés, et qu'une fois ce travail achevé, sa mission s'est trouvée remplie. C'est l'œuvre presque unique des immunités et des constitutions d'*honores*, actes qui remplissent, au moins aux trois quarts, les recueils de chartes et de diplômes de cette époque. Tous ou presque tous présentent le roi se dépouillant du cens et l'attribuant à un grand ou à un

monastère. Ceux que j'ai cités jusqu'ici sont suffisants et au delà pour justifier cette remarque. Néanmoins je ferai connaître encore un diplôme de 828 qui montre avec une évidence frappante la transmission d'un cens public, que des hommes libres, qui jusqu'alors ont payé au fisc, paieront à l'avenir au couvent de Saint-Gal : *Ut idem liberi homines et posteritas eorum censum quod ad fiscum persolvi solebant, parti prædicti monasterii exhiberent atque persolverent* (1).

Le cens romain n'a donc pas disparu ; il n'a fait que tomber dans le domaine privé. Aussi nous le retrouvons, dans les mains qui le possèdent, avec les caractères qui lui sont propres, mais d'abord mêlé, confondu avec les redevances domaniales, puis pris pour l'une d'elles et considéré comme ayant la même source et la même nature.

185. Cependant les traces de son existence sont profondes, et, sous le déguisement qui altère sa forme et sa condition premières, il est encore aisé de le reconnaître à certains signes et à certaines allures qui n'appartiennent qu'aux droits de la puissance justicière.

D'abord c'est au milieu de ces droits qu'on le trouve le plus souvent mentionné ; c'est avec les *paratos*, *paraveredos*, *merchatæ*, *talliæ*, et autres redevances incontestablement romaines, qu'on voit figurer le *census*, et dans des actes qui ne supposent la transmission d'aucun droit de propriété. *Ut missi nostri de omnibus* CENSIBUS *vel* PARAVEREDIS, *quos franci homines* AD REGIAM POTESTATEM *exsolvere debent, inquirant*, porte un capitulaire de la deuxième race (2).

D'autres textes nombreux de la deuxième et de la troisième race font mention du *census dominicatus*, défini par Ducange *qui ad dominum pertinet*, et qui suppose un cens qui n'appartient pas au propriétaire du sol. La langue seigneuriale a également conservé, par les noms divers dont elle a qualifié certaines espèces de cens, le signe de leur origine justicière.

(1) Polyptique d'Irminon, t. 1, p. 699.

(2) An. 865, c. 8 ; Guérard, polyptique d'Irminon, t. 1, p. 810.

Ainsi la coutume de Soesmes et plusieurs autres parlent du cens *truand :* « Les cens duez en la terre de Soësmes, dit l'art. » 3, des terres et héritages étant dedans icelle, sont appelés *cens* » *truans.* » *Hæc vox*, dit Ragueau, *originem habet à tributis publicis*; et Galand, *Du franc alleu*, p. 89 : « Dénomination » prise d'un ancien mot *tru*, qui signifie exaction, imposition, » lois. »

Galland cite encore une charte de 1279 qui fait mention d'un cens en vilenage: *Tenemus in* VILENAGIUM, *id* EST AD CENSUM, *quidquid habemus;* or le vilenage n'était pas la tenue féodale ou précaire à aucun titre, ainsi qu'il a été expliqué plus haut (n° 131); c'était la possession libre, mais tributaire.

La dénomination la plus notable sous ce rapport est peut-être celle de *chef cens* ou *capitalis census.* Une charte de 1251 : *Quæ terra quondàm fuit onerata in* XV *denariis et dicitur* CAPITALIS CENSUS (1). Les coutumes de Paris, de Melun, de Mantes, et beaucoup d'autres, font mention du chef cens. Or le cens romain s'établissait par *caput* ou *jugum*, c'est-à-dire par fraction ou division du sol imposable, et s'appelait *capitatio.* C'était aussi le propre du *census capitalis* ou chef cens d'être établi par journal, expression du *jugum.*

186. Dans les textes romains, le *judex* spécialement délégué au recouvrement du *census* reçoit le nom particulier de *censualis* (2); dans la langue des deux premières races, on retrouve le *censuarius* (3), avec la même charge, et dans celle des temps seigneuriaux, le seigneur censier (4).

L'exercice du *census* conserve, aux différentes époques, un mode essentiellement caractéristique de la justice et que déjà nous avons examiné sous plusieurs rapports. Le *censualis* romain était défini *officialis qui censum exigit provincialem* ET

(1) Ducange, v° *Census.*

(2) *Cod. Just.*, lib. 10, tit. 69, l. 2; lib. 12, tit. 22, l. 2; — auth. coll., 3, tit. 4, nov. 7.

(3) Ducange, v° *Census.*

(4) Ragueau, v° *Seigneur censier.*

QUI DAT ILLUM (1); le *judex* de la première race est celui *qui justitiam percipit et* ALIIS REDDIT; sous la troisième, on ne peut « *justicer son censel* fors par le prévost l'évêque(2). » N'est-il pas évident que, dans ces trois textes, le *censualis*, le *judex* et le prévost sont trois justiciers; que *census*, *justitia* et censel ne sont qu'une même chose; et que la règle, qui veut que nul possesseur du cens tributaire ne puisse le recouvrer autrement que par l'intermédiaire du justicier, est toujours la condition romaine, qui ne cesse pas de se maintenir et de caractériser l'impôt (n° 119).

Le seigneur censier n'est pas seigneur de fief, et les textes coutumiers opposent fréquemment l'un à l'autre; c'est un justicier également distingué du seigneur foncier; il jouit d'une justice particulière et non féodale, ainsi qu'il sera expliqué plus tard, ce qui manifeste le caractère originaire de ses droits.

Ceux du débiteur du cens, sur le fonds qu'il possède, sont aussi révélés par plusieurs coutumes qui ne le qualifient pas de censitaire ou tenancier, désignations propres des possesseurs de tenues précaires, bénéficiaires ou féodales. Les coutumes de Chateauneuf, chap. 7, art. 46, de Chartres, chap. 8, art. 44, de Dunois, chap. 3, art. 48, lui donnent le nom de *propriétaire*. C'est l'*homo liber* ou le *possessor* des lois barbares, qui n'en est pas moins tributaire sous le rapport des terres qu'il possède.

La confusion de deux cens différents de nature et d'origine ressort avec une évidence frappante de l'ensemble et de la diversité des règles qui ont régi la censive coutumière. Il suffit de comparer la loi des fiefs et celle des possessions censuelles pour reconnaître, dans cette dernière, l'action et le mélange de principes divers et souvent opposés. Si le cens n'était, comme le fief, que le résultat d'un contrat, il serait, comme lui, soumis à des règles simples, conséquentes, à celles enfin de toutes les obligations conventionnelles. Mais il s'en faut qu'il en soit ainsi en matière de censives; la plupart des dispositions coutumières n'ont rien de contractuel, elles rappellent au contraire les causes propres aux droits de justice.

---

(1) Ducange, v° *Census*.
(2) *Ibid.*

Il est impossible, en supposant au cens le caractère qu'on lui prête, de comprendre comment il en existe presque partout de deux espèces : l'un nommé gros cens, l'autre, menu cens ou chef cens (1), parfois dans la même main, mais souvent aussi divisés: le premier, représentatif de la valeur ordinaire des prix de baux dans les diverses localités ; le second, de beaucoup inférieur et tellement minime parfois qu'il ne peut être considéré comme un revenu.

L'explication du menu cens donnée par les feudistes est loin d'être satisfaisante et surtout uniforme. Les uns soutiennent que la valeur n'est minime qu'en raison de la dépréciation successive des monnaies. Cette considération n'est évidemment d'aucun poids à l'égard du menu cens consistant en denrées ; l'existence de celui-ci détruit l'argument pour le tout.

D'autres n'y voient que le signe et la reconnaissance de la directe seigneurie ; mais on se demande à quelle époque les propriétaires de terres les ont concédées sous cette seule condition? Les concessions féodales étaient grevées de charges excessivement onéreuses, telles que le service militaire et les devoirs de fiefs ; et ces charges étaient tellement pesantes, que les fiefs, même après la cessation des services militaires, étaient prisés à une moindre valeur que les censives à gros cens. Comment donc supposer qu'à côté des afféagements onéreux, des terres aient été, sans motif de libéralité, accensées à un prix aussi vil que le menu cens?

187. D'ailleurs, la matière des censives contenait bien d'autres anomalies inconciliables avec la supposition d'un contrat primitif et universel.

Ainsi les feudistes n'expliquaient pas, par exemple, les différences qui séparaient le gros du menu cens ; le premier, portable comme tous les devoirs féodaux, le second, quérable comme tous les droits de justice ; celui-ci, existant par la coutume, appelé parfois cens coutumier, n'exigeant aucun titre, mais seulement la possession ; l'autre, nécessitant un titre ou un aveu, comme les

(1) « Le menu cens est le chef cens, » dit Ragueau.

redevances convenancières; le menu cens considéré comme charge naturelle, le gros cens, comme droit exorbitant; le premier payable avant le second, etc. (1).

Ils n'expliquaient pas non plus pourquoi le menu cens ou chef cens était établi, à raison de chaque objet possédé, sur les terres, les maisons, les produits, les possessions mobilières, *pro modo jugerum*; en un mot, de la même manière que le tribut romain; tandis que le gros cens s'attachait presque toujours à une concession générale d'un domaine, de la même manière que tout bail ordinaire, ou toute constitution bénéficiaire, libellaire, emphytéotique ou féodale; ni pourquoi la perte ou le défaut de fruits emportait diminution ou retenue du gros cens, tandis que le menu cens était invariable tant que la propriété n'était pas abandonnée dans son entier.

Ils n'expliquaient pas davantage pourquoi le cens était soumis à des règles si diverses; pourquoi là il était prescriptible, et là imprescriptible; pourquoi, dans une coutume il était soumis au retrait seigneurial, et dans d'autres il en était affranchi; résultat évident de la confusion des deux espèces, dont chacune avait fait prévaloir ses règles propres, suivant que sa considération avait dominé dans les usages.

Enfin, l'existence et le maintien seuls du cens justicier peuvent expliquer comment des droits de terrage, bourdelage, agrier et champarts, c'est-à-dire des redevances en nature de fruits, pouvaient faire partie, dans certaines localités, des droits de justice. Les *Olim* présentent d'assez fréquents exemples de cens de cette nature dus à des justiciers, et j'ai transcrit plus haut (n° 100) un texte emprunté à ces registres, dans lequel un nombre déterminé et invariable de muids de vin est dû à un justicier, à raison de sa voucrie; cette redevance a d'ailleurs tous les caractères et tous les effets désastreux d'une possession justicière.

188. A la vérité, l'existence des lods et ventes et des reliefs semble attribuer aux cens un caractère essentiellement féodal;

---

(1) Voy., sur ces différences, les feudistes, et notamment Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, v° *Cens*, § 8, 9 et 10.



ces redevances, en effet, sont généralement considérées comme le prix d'un consentement à la transmission, ce qui suppose, ainsi que je l'ai déjà fait observer n° 154, un droit de propriété aux mains de celui qui les reçoit. Mais cette objection apparente ne fait que justifier davantage l'origine justicière de certaines espèces de cens.

La perception d'un droit sur les ventes, sous le nom de *centesima rerum venalium*, remonte aux guerres civiles qui précédèrent le règne d'Auguste (1); elle fut étendue par Caracalla de l'Italie aux provinces (2). Rien ne fait supposer son abolition.

Cette perception ne pouvait donc pas manquer de faire partie des justices du moyen âge; et, en effet, elle figure sous le nom de *venda, venditio, laudes, laudimia*, aux chartes des dixième, onzième, douzième et treizième siècles, dans la nomenclature des droits de cette nature. On peut voir dans le *Traité du franc alleu* de Galland, p. 59, d'assez nombreux exemples de *venditiones* et *laudationes* confondues avec les tailles et les amendes. Les passages cités par Ducange, au mot *Venda*, sont encore plus multipliés et plus concluants. Dans la plupart, le droit est manifestement un droit de justice, et se perçoit sur toute espèce de ventes, mobilières ou immobilières. Charte de 1060 : VENTAS *etiam*, QUAS TELONEUM DICUNT, *de diversis quibuslibet rebus.*

Charte de 1092 : *Terram ante ipsam ecclesiam positam ad burgum faciendum, in quo nec vendam, nec pedagium, nec aliquam consuetudinem utimur.*

Charte du comte d'Angers : *Quicumque autem infra prædictum alodum aliquid vendiderit, vendas vel coutumas persolvet secundum consuetudinem loci.*

La nature du droit de ventes est évidemment ici déterminée par celle des droits qui sont transmis ou relatés en même temps.

Suivant une ordonnance royale de 1079 : *Si quis emerit vel permutaverit domum vel possessiones, vicarius vel bajulus loci teneatur laudare .. nec recipiat pro laudimiis ultra vice-*

(1) Tacite, *Annales*, 1-78.

(2) Suétone, Caligula, 16, cité par Laboulaye, *De la propriété*, p. 101.

simam partem pretii (1). C'est le vicaire et le bailli, c'est-à-dire les agents justiciers, qui perçoivent le droit.

La même disposition se lit, dans les mêmes termes, dans les statuts donnés à la ville d'Aigues-Mortes, en 1246 (2), qui portent en outre : *Quidquid super laudimiis vel mulctis, vel pœnis corporalibus vel pecuniariis remittendo fecerit* (*vicarius*), *ratum habeatur;* déterminant ainsi clairement la nature des *laudimia*.

Les coutumes de Lorriz : *Eorum* (villani) *quilibet res suas si vendere voluerit, vendat et redditis venditionibus suis, à villâ si recedere voluerit, liber et quietus recedat* (3). Les vilains ne payaient que des droits de justice ; les ventes n'étaient donc pas dans cette coutume des droits de fief.

Toutes ces conditions classent donc manifestement les droits de vente parmi les droits de justice. Deux circonstances les rattachent sensiblement à l'impôt romain : d'après Tacite, la perception, d'abord du centième du prix, s'était promptement accrue : *Vectigal quoque quintæ et vicesimæ venalium* (4). Sous le régime seigneurial, le droit des ventes de choses censuelles, *vectigal quintæ*, s'appelle *quint*. Fixé par Tacite au centième, au vingtième, au cinquième, on le retrouve dans les coutumes, également varié. Mis à la charge du vendeur, par Néron : *Cùm venditor pendere juberetur*, il est acquitté par le vendeur jusqu'au seizième siècle.

Enfin les lods et ventes des censives sont appelés *honneurs* dans un grand nombre de coutumes, ce qui doit à nos yeux en constater sûrement l'origine et la nature primitives (5).

C'en est assez assurément pour démontrer que la perception

---

(1) Ordonnance du Louvre, t. 4, p. 45.

(2) Cette disposition est remarquable en ce qu'elle exempte du droit de mutation les donations, les hypothèques, les partages, les dots sans estimation, les legs, les successions et les constitutions de servitudes sans prix. Voy. Galland, p. 366.

(3) Galland, p. 377.

(4) *Annal.*, lib. 13, c. 31.

(5) Tours, art. 165 ; Lodunois, chap. 11, art. 6; Poitou, art. 21, 22, 23, etc.

des lods et ventes, dans les censives, n'a pas pour cause unique et nécessaire la concession féodale ou censuelle, et que par conséquent elle ne suppose pas inévitablement un droit de directe aux mains de celui qui la prélève (1).

Il serait plus facile encore d'établir que les droits de succession perçus sous le nom de relief ou rachat dérivent également de l'impôt romain : c'est le vingtième des successions, perçu depuis Auguste, qui s'est maintenu sous le nom de *relevium*, *relevagium*, *rachatum*, aux mains du justicier seigneurial. Une charte de 1245 porte : *Omnia jura quæ habere debet Ecclesia in introitibus, exitibus, venditionibus et emptionibus et* RELEVAGIIS (2). Un arrêt de 1257, déjà transcrit n° 66, détaille ainsi les droits de justice réclamés : *Ut potè de* RELEVIIS, *corveiis*, *terragiis*. Le demandeur ne prétend sur le fonds aucun droit de fief ou de propriété.

Tenons donc pour certain que les droits de mutation ont été primitivement des droits de justice, dont l'exigence a été stipulée ou introduite dans les concessions féodale, par imitation comme d'autres perceptions et redevances ; telles sont les corvées, les droits de moulin, les droits de colombier, les droits de verrat, etc., qui, par leur similitude, ont jeté une confusion très grande dans les éléments distinctifs des deux institutions (3).

---

(1) Au treizième siècle on trouve le droit de quint dans le fief et dans la justice ; Beaumanoir, chap. 27 : « Quand héritage est vendu, *se il est fief*, li »sire a le quint denier du prix de la vente. » Et les *Établissements*, chap. 158 : « Se aucun achète et il ne rend les ventes dedans sept jours et sept nuits, »et il *n'en ait pris repit à la justice*, il amendera le gage de sa loi ; et s'il »passe l'an et le jour que il ne les rende, ou que il n'en preigne repit à la jus»tice, en paiera 60 s. d'amende. » Un droit de fief n'a jamais dépendu de la justice.

(2) Ducange, v° *Relevium*.

(3) L'interdiction faite au censitaire de changer la surface et la nature des cultures de sa terre était un principe justicier dont l'existence a contribué à faire considérer toutes les redevances censuelles comme un signe de domaine direct. Cependant cette interdiction dont les feudistes ne peuvent pas indiquer la cause conduit à la conséquence contraire, car elle était une condition de l'impôt concédé ; le redevable ne pouvait arracher les arbres, ni changer la culture des terres recensées, quoiqu'il fût propriétaire de ces terres ; c'est la disposition expresse de la loi 4 ff., *De censibus*.

189. Je n'ai autant insisté sur l'existence et le maintien du cens justicier que parce que ce fait est une conséquence nécessaire du système auquel je rattache l'explication des justices, et, par suite, l'intelligence des droits seigneuriaux. Si ce fait n'eût pas été contesté par des légistes dont l'autorité est grave, et d'ailleurs méconnu par tous les feudistes, depuis près de trois siècles, il était assurément inutile d'accumuler les preuves comme je l'ai fait ici ; la persistance des autres tributs romains eût suffi pour confirmer celle du cens. Mais il est impossible de comprendre l'immense portée de la maxime « Nulle terre sans seigneur, » les vicissitudes de sa signification et le bouleversement qu'elle a produit dans les affectations justicières, si l'on n'a pas d'abord reconnu le maintien du tribut romain.

La règle «Nulle terre sans seigneur » se rattache à deux principes qu'elle a pour objet de formuler : le premier est la nécessité que toute possession soit subordonnée à un seigneur ; le second est le droit pour tout seigneur d'exiger de son sujet un cens à raison de ses possessions.

Or ces deux principes n'étaient originairement reconnus que dans les rapports de la justice. C'est ainsi que tous les jurisconsultes antérieurs au seizième siècle et la plupart de ceux de cette époque l'ont entendu.

Salvaing a démontré cette assertion très évidemment, en recueillant les opinions de tous les feudistes antérieurs : « Ainsi, » dit-il, François Marc, conseiller au parlement de Grenoble du » règne de Louis XII, dit en sa décision 154 : *Licet domini temporales non fundent intentionem suam ratione feudi vel directi dominii, tamen secùs est quoad jurisdictionem.* » C'est aussi ce qu'enseignent Duaren, sur la coutume des fiefs, ch. 21, nº 10, et Dumoulin, § 68, gl. 1, sur le mot *Franc aleu*, où il dit : *Ex quibus liquet falsum esse illud dictum vulgare non posse quem in hoc regno tenere terram sine domino, et hoc intelligendo sine domino scilicet directo, quem sit necesse in dominum directum soli recognoscere ; sed intelligendo sine domino, id est, quia subsit dominationi et jurisdictioni regis, vel subalterni domini sub eo, est verissimum.*

Ce qui était vrai sous le rapport de la domination l'était également sous celui de l'application du cens ; ainsi nous lisons dans

Beaumanoir : « Quant li sires voit aucun de ses sougès tenir hé-
» ritage duquel il ne rend à nului chens, rentes ne redevances,
» li sires y peut jeter les mains... car nus, selon notre coutume,
» ne pot pas tenir d'alues; et on appelle *alues* ce qu'on tient sans
» rendre à nului nulle redevance (1). » Ce droit de saisir l'héritage qui ne paie aucun cens est évidemment un droit de justice, car c'est au comte qu'il appartient : « Et se li *quens* s'a-
» perçoit, avant que nus de ses sougès, que tès alues soit tenus
» de sa *conté*, il les peut penre comme siens.. et se un de ses
» sougès y avait jeté la main, si ne li pot il demorer s'il ne proeve
» que ce fu de son fief. »

190. Tel était donc le sens de la maxime «Nulle terre sans seigneur,» dans les pays où elle était admise, avant le seizième siècle. Mais à cette époque les justiciers travaillaient depuis longtemps à convertir tous leurs droits en droits de fief. Leurs efforts avaient un double but : d'abord d'étendre à toutes les terres du royaume la règle qui soumettait l'alleu à la production d'un titre, ensuite d'attacher au paiement d'un cens quelconque la présomption de la directe, et par conséquent de supposer la qualité féodale à toutes les possessions censuelles sans distinction.

Le droit d'appliquer un cens à toute terre non féodale, droit commun de toutes les localités où l'alleu n'existait qu'à l'état d'exception, fut reconnu par les coutumes de ces localités, lors de leur première rédaction, et ce fut dans ces coutumes le sens de la maxime « Nulle terre sans seigneur. »

Mais, lors de la seconde, on lui donnait déjà la signification nouvelle; les seigneurs expliquaient formellement leur prétention à cet égard, et, dans les assemblées d'états généraux, ils demandaient que, par une mesure générale, toutes les terres non justifiées allodiales fussent déclarées féodales et reconnues dans la directe du seigneur censier. Cette demande fut rejetée. Le véritable sens de la règle et l'interpolation dont elle était l'objet étaient trop présents à l'esprit des jurisconsultes et trop hautement proclamés par eux pour qu'une innovation aussi

(1) Chap. 24, n° 5.



grave fût accueillie. Bien plus, des coutumes, et notamment celle de Bretagne, où la maxime « Nulle terre sans seigneur » était écrite, la retranchèrent, dans la crainte d'une fausse interprétation.

Mais, lors de la rédaction définitive, la nouvelle intelligenc avait fait des progrès dans l'esprit public ; la doctrine des feudistes, qui rattachait tous les cens au contrat de bail à cens, en avait évidemment déterminé la portée ; dans ce système, il n'était plus possible de soutenir que le cens ne supposait pas la directe ; la règle « Nulle terre sans seigneur » prévalut avec cette signification, et toutes les possessions censuelles perdirent leur liberté ; il n'y eut plus en France que des terres féodales ou de franc alleu.

L'effet de cette règle nouvelle fut immense, dans l'intérêt des justiciers ; ils devinrent ainsi seigneurs féodaux de toutes les terres sur lesquelles auparavant ils n'avaient que des droits de district ; ils acquirent la propriété du sol, c'est-à-dire le domaine direct, là où ils ne l'avaient pas. Tous leurs droits utiles en reçurent un caractère de fief moins contestable, et leurs rentes interverties, dont jusqu'alors l'apparence féodale était démentie par le défaut de fief réel, eurent une base sur laquelle on put au besoin les asseoir.

Une fois reconnus seigneurs féodaux et propriétaires de la directe, les justiciers s'empressèrent d'exiger des cens des possesseurs de leur territoire ; il fallut qu'une jurisprudence se constituât sur ce droit nouvellement exercé dans une foule de localités ; on prit pour règle le cens des terres voisines, en sorte qu'il s'établit des cens nouveaux menus ou gros, suivant la nature féodale ou justicière des fonds situés dans la même enclave.

191. Les seigneurs de fiefs perdirent généralement à la doctrine innovatrice. Dans leur lutte avec le justicier, celui-ci excipa désormais d'un droit égal au leur ; il les combattit en tant que féodal, et plusieurs feudistes, le voyant propriétaire d'une portion de son territoire, en conclurent qu'il avait dû l'être originairement du tout. Loyseau exprime parfois cette opinion ; Henrion de Pansey la suppose également. Cette idée tendit de plus en plus à confondre le fief et la justice ; elle jeta une immense perturbation dans la hiérarchie des possessions féodales, car tel

possesseur d'un fief situé dans une justice autre que celle de son seigneur dominant se trouva l'objet de deux prétentions de directe que les circonstances pouvaient rendre incertaines. Le principe que le justicier avait dans l'origine été propriétaire de toutes les terres de sa justice nuisit nécessairement au féodal compris dans le territoire, dans un grand nombre de contestations qu'il est inutile d'énumérer; mais, en parcourant les droits de justice existant sur les terres féodales, on en reconnaîtra facilement l'influence.

Les féodaux perdirent également en ce que la supposition d'une directe, sur des terres considérées comme ayant été de tout temps la propriété de leurs possesseurs, qualifiés même de propriétaires par des coutumes, amoindrit la puissance qu'on attribuait à ce droit. La tendance de tous les détenteurs du domaine utile à convertir leur *jus in re alienâ* en propriété principale et seulement affectée, s'accrut et fit un pas important (1).

192. Mais le plus grand profit fut recueilli par le fisc royal : dans le procès du franc alleu et de la maxime « Nulle terre sans seigneur, » le roi devint la partie principale; ce fut pour lui que furent publiés tous les écrits plus ou moins savants où la directe universelle fut établie; c'était contre les agents du domaine qu'étaient dirigées les réponses de Dominicy, de Caseneuve, de Chantereau, de Furgole, de La Thaumassière, et de tous ceux qui, après la perte de la bataille générale, défendirent pied à pied les coutumes particulières. Le domaine royal n'avait d'abord en vue que d'accroître le produit des droits de franc-fief et d'amortissement auxquels il avait soumis certaines mutations de terres féodales (n° 178). Mais bientôt l'appétit des agents fiscaux s'anima, et la royauté de Louis XIII se crut assez forte pour attribuer immédiatement à sa directe universelle toutes les terres dont les seigneurs n'avaient pas pris possession à titre de fief. L'art. 383 de l'ordonnance de janvier 1629 porte : « Tous héri-

(1) On peut voir les dissertations d'Hervé, au chap. du *Cens* pour établir le droit de propriété des censitaires, et les doctrines déjà citées de Chantereau sur celui du vassal à l'égard de son fief.



»tages relevant de nous en pays coutumiers ou de droit écrit »sont tenus et sujets aux droits de lods, ventes, quints et autres »droits ordinaires, et *sont tous héritages ne relevant d'autres* »*seigneurs, censés relever de nous*, sinon pour tout ce que des- »sus, que les possesseurs des héritages fassent apparoir de bons »titres qui les en déchargent. » Ainsi, depuis 1629, tous les seigneurs justiciers non saisis du cens se trouvèrent désintéressés dans la maxime; le roi seul fut partie au litige, et cette circonstance suffit pour expliquer comment les possesseurs libres, qui avaient gagné leur procès au seizième siècle, le perdirent au dix-septième.

Depuis cette ordonnance, le fisc royal a continué la guerre aux alleux, et a successivement réduit toutes les terres du royaume à l'état de fief; c'est ce qui explique comment il existait un si grand nombre de terres féodales de peu d'importance relevant immédiatement du roi, tandis qu'il était manifeste que jamais la concession sans moyen n'avait pu s'en effectuer. Ainsi la province de Guyenne, dont l'allodialité est si évidemment démontrée par le manuscrit dont j'ai donné plus haut (n° 170) l'analyse, fut soumise, par un arrêt du conseil des finances du 18 décembre 1670, à une déclaration générale, avec injonction à tout possesseur d'alleu *de produire le titre justificatif* de son franc-alleu, et, à défaut, d'être imposé d'office, à proportion et sur le pied des terres et héritages voisins.

Les agents domaniaux contestèrent de plus en plus l'existence des terres allodiales. Le Dictionnaire des domaines définit le franc-alleu : « Espèce de *tenure* dont l'origine est inconnue, et qui »*vraisemblablement n'existe pas en France.* » On peut voir dans cet ouvrage quel fut le sort de l'allodialité une fois qu'elle eut pour adversaire le domaine royal ; sa liberté résista dix siècles à l'ambition brutale et violente des seigneurs justiciers; en moins d'un siècle elle succomba devant l'esprit envahisseur des agents du fisc.

§ IV.

DES VACANTS. — DROITS D'AUBAINE ET DE DÉSHÉRENCE.

SOMMAIRE.

193. Obscurité et importance de la matière.
194. Des diverses espèces de terres incultes. — Première espèce.
195. Seconde espèce. — Terres abandonnées.
196. Des terres communes.
197. De la vaine pâture.
198. Suite.
199. Divers droits de jouissance commune.
200. Des bois et forêts.
201. Des redevances perçues sur les diverses espèces de terres incultes.
202. De la propriété des terres incultes au temps primitif.
203. Des stipulations du droit d'usage au quinzième siècle.
204. État du droit des terres incultes lors de la rédaction des coutumes.
205. De l'altération des coutumes.
206. Des usurpations de vacants.
207. De la discussion des seigneurs féodaux et justiciers relativement aux vacants.
208. Des épaves, du trésor et des droits de déshérence.
209. Des droits d'aubaine et de bâtardise.
210. Suite et conclusion.

193. Il n'est pas d'objet qui, sous le régime féodal, ait donné naissance à des procès plus longs, plus multipliés, plus diversement jugés; la propriété des vacants a rempli les fastes seigneuriaux de luttes de toute sorte entre les seigneurs et les vassaux, entre les justiciers et leurs sujets, entre les justiciers et les féodaux. Le terrain litigieux s'est plus d'une fois engraissé du sang

des prétendants à la propriété, après avoir été le théâtre et le sujet du combat; les vacants n'ont pas encore cessé d'être disputés, et de nos jours c'est un fait assez fréquent que la résistance armée des possesseurs aux décisions judiciaires.

Il est important de bien constater en cette matière que, quelles qu'aient été la longueur et la persistance des luttes, jamais un droit commun ne s'est établi; jamais des règles certaines n'ont été admises et n'ont pu servir de base à l'opinion des jurisconsultes.

Henrion de Pansey, le dernier des feudistes, écrivait en 1789, relativement à la propriété des vacants:

« Une question de cette espèce, qui doit se reproduire aussi fré-
» quemment, devrait sans doute être irrévocablement décidée, et
» même depuis un temps considérable. Cependant elle est encore
» problématique, et la discordance qui règne entre les jurisconsul-
» tes sur ce point est telle que l'on peut en regarder la solution
» comme difficile. En effet, si l'on parcourt les ouvrages écrits sur
» cette matière, on y lit alternativement que les terres vaines et
» vagues appartiennent au seigneur haut justicier et au seigneur de
» fief. Et ce qui surprend encore davantage, c'est que les deux
» assertions sont également présentées de part et d'autre comme
» n'éprouvant aucune difficulté (1). »

Cette dernière observation fort remarquable est pleinement justifiée par les nombreuses citations d'auteurs et de textes coutumiers que fait immédiatement le savant jurisconsulte.

Ajoutons que le système qu'il tenta de faire prévaloir n'a pas eu plus de succès que ceux de ses prédécesseurs; après lui, Merlin en a présenté un autre que la législation relative aux biens communaux n'a pas non plus complètement admis; et, depuis ces lois, comme auparavant, les auteurs n'ont pas cessé de discuter (2).

La divergence et le chaos semblent essentiels à cette matière, plus peut-être qu'à toute autre dans le système déjà si obscur du régime seigneurial. La raison en est là plus facile à reconnaître que partout ailleurs, quoiqu'elle soit la même dans toutes les bran-

(1) *Questions féodales*, v° *Biens vacants*.

(2) Voy. notamment le *Traité du droit des communes* de M. Latruffe, dont je citerai tout à l'heure des passages.

ches de ces institutions. On va voir qu'il existait plusieurs espèces fort diverses de terres incultes, nécessairement réglées par un droit respectif et différent ; eh bien! depuis trois siècles, on ne trouve pas un auteur qui les ait distinguées et qui n'ait cherché à ramener le droit de toutes à celui de l'une d'elles.

Il n'est pas non plus de matière où le système admis sur la nature et l'origine des institutions féodales ait exercé plus d'influence; chaque doctrine dominante a modifié la jurisprudence, et l'on a vu alternativement les justiciers, les féodaux ou les habitants l'emporter dans les procès relatifs aux vacants, à mesure que les théories de Loyseau, des domanistes, de Dubos, de Montesquieu et de Henrion de Pansey, ont pris naissance et place dans les croyances scientifiques des législateurs, des jurisconsultes et des magistrats.

Encore aujourd'hui, la vérité dans le régime des institutions féodales est de nature à modifier puissamment la jurisprudence en matière de communaux et de droits d'usage; c'est pourquoi les explications qui vont suivre peuvent étendre leur utilité au delà du sujet particulier de cette dissertation; cependant je n'en dirai que ce qui sera nécessaire pour faire comprendre complètement le caractère des droits de justice; mais les observations que ce but exige étendront bien au delà leurs conséquences.

194. Depuis les temps romains jusqu'à nos jours, la législation a dû régir plusieurs espèces de terres incultes : 1° les terres fiscales ; 2° les terres désertes et abandonnées ; 3° les terres affectées du domaine privé, mais non labourées et laissées à l'état de pâturage vacant ; 4° les terres communes, soit aux membres d'une communauté, soit à des particuliers.

L'existence des terres fiscales incultes sous la domination romaine et sous la législation barbare est constatée par des textes trop nombreux pour qu'il soit besoin de les citer. Mais on doit se demander ce que ces terres sont devenues dans les temps féodaux et après la disparition du fisc public.

La plupart de ces terres avaient été données par les rois; les libéralités s'étaient opérées, soit à titre de donation pure et simple, soit à titre de bénéfice. Dans les deux hypothèses, ainsi que je l'ai fait remarquer, les terres avaient perdu leur caractère de

chose publique; elles étaient devenues, tout en conservant leur nature inculte, propriété privée (1).

195. La seconde espèce de terres incultes se composa des terres abandonnées.

Une multitude de causes forçait les laboureurs à déserter la culture : les ravages de la guerre, les exactions des *judices*, les exigences de maîtres non moins avides que les agents du fisc. Les historiens nous apprennent que la Gaule avait été réduite en vastes solitudes. La dépopulation est un fait qui s'est souvent renouvelé dans le cours de notre histoire, tout aussi fréquemment sous le régime féodal que dans les temps antérieurs.

Si le cultivateur n'avait sur la terre abandonnée qu'un droit précaire ou subalterne ; s'il était esclave, colon, censitaire, bénéficiaire ou emphytéote, sa fuite faisait évanouir son droit qui se réunissait alors à celui du propriétaire. Ainsi l'abandon de l'esclave ou du colon profitait au maître ; celui du censitaire, du bénéficiaire ou vassal, profitait au seigneur direct.

Si la terre désertée appartenait *in integro* à celui qui l'abandonnait, personne ne s'en trouvait approprié. Elle tombait dans les terres sans maîtres, qui pouvaient appartenir au premier occupant.

Le capitulaire des Espagnols, dont j'ai déjà parlé plusieurs fois, nous apprend que tout le pays où les réfugiés s'établissaient avait été dévasté par la guerre ; le roi en avait accordé la plus forte partie aux grands, qui eux-mêmes distribuaient les terres concédées à des hommes ayant auprès d'eux le caractère de vassaux. Cette remarque me conduit à penser que les concessions royales de terres abandonnées entraient dans le fief, et que les justiciers n'y avaient aucun droit, si ce n'est celui d'exécuter les inféodations et de déterminer les lieux qui devaient être occupés. On verra plus tard certaines dispositions coutumières reconnaître aux justiciers un droit analogue.

(1) Suivant Montesquieu, lib. 31, chap. 9, les terres fiscales furent complètement épuisées par les libéralités royales; en sorte qu'il ne dut rester aux justiciers aucuns biens de cette espèce.

Des terres incultes faisaient aussi partie de la propriété privée : d'abord parce que les grands propriétaires devaient en avoir beaucoup de cette nature, soit par suite d'abandon, soit à défaut de bras libres ou esclaves pour les cultiver, soit enfin parce qu'ils consacraient une partie du sol à la pâture, à la chasse ou à la culture des bois. Les actes de toutes les époques comprennent les terres de cette espèce sous la désignation de *terræ cultæ et incultæ, viæ et inviæ, sylvæ, pascuæ.* Dans les évaluations féodales elles figurent sous le nom de *vasta*, *eremiæ*, *inculta*.

Ce fut un usage qui s'est conservé jusqu'à des temps très rapprochés de nous, que celui de laisser des portions de territoire vagues et à l'état de pâture pour le service d'un ou de plusieurs manoirs, d'une ou de plusieurs manses, d'une ou de plusieurs exploitations ou métairies appartenant au même propriétaire. Les villages voisins y ont facilement conduit leurs bestiaux, et, avec le temps, le souvenir du droit privé s'est perdu. J'ai vu de nombreux exemples où l'examen des titres anciens tels que les aveux ou déclarations, constatait des droits particuliers à des terres vacantes considérées depuis longtemps comme biens communaux.

196. La troisième espèce de terres incultes se composait de celles qui étaient communes.

La communauté des terres a joué un grand rôle dans les institutions du moyen âge; ce serait m'écarter de mon sujet que d'entrer trop avant dans l'examen de cette matière intéressante. Il me suffira de dire que les documents historiques présentent des terres communes de beaucoup de sortes.

D'abord celles que les copropriétaires partageants laissaient indivises pour leurs usages communs.

De ce nombre ont été les forêts et pâturages laissés en commun dans les partages entre les barbares et les Romains; les textes de lois germaines en font mention.

Il faut aussi ranger dans cette classe les terres communes conservées pour le pâturage des bestiaux dans l'établissement des colonies et des vétérans. Aggenus Urbicus, commentateur de Frontin, en nous apprenant l'existence de ces terres communes, nous fait savoir qu'elles étaient déjà l'objet de nombreuses usur-

pations de la part des hommes puissants : *Quæ multi per potentiam invaserunt.*

Frontin distingue aussi parmi les biens ruraux ceux que les propriétaires d'une localité ont consacrés aux usages de leurs exploitations limitrophes : *Videndum quoque quoniam est et pascuarum proprietas pertinens ad fundos, sed in commune, propter quòd ea compascua multis locis in Italiâ communia adpellantur, quibusdam provinciis proindivisa.*

Après celles-ci, l'on doit ranger les possessions communes des cités, dont parle la loi 20, § 1, ff., *Si servitus vindic.* : *Plures ex municipibus qui diversa prædia possidebant, saltum communem, ut jus compascendi haberent, mercati sunt.*

Il est probable que, de même que les cités eurent des terres communes, les *pagi* et les *villæ* en eurent également. C'est ce que fait présumer ce passage de Festus, qui définit les *compascua*, *ager relictus ad pascendum communiter vicaneis.* Et Isidore, dans ses *Origines*, lib. 15, cap. 2 : *Ager compascuus dictus qui à divisoribus agrorum relictus est ad pascendum communiter vicaneis* (1).

La propriété des terres communes appartenait à ceux qui possédaient indivisément, soit particuliers, soit communautés. Celle des colonies, des villes ou des villages, appartenait aux habitants, *ut universi* : *Quædam loca feruntur ad personas publicas attinere, nam personæ publicæ etiam coloniæ adpellantur,* dit Aggenus Urbicus. Suivant Alciat, les terres communes aux villages étaient dites *vicanalia*, *ex eo quod ad pagum aliquem, seu vicum, et illius habitatores, in universum pertinerent* (2).

197. La plus puissante de ces communautés dérivait des mœurs germaines ; ces nations vivaient sur le sol sauvage de leur patrie, par familles ou par bandes, dont les membres étaient liés entre eux par le sang, le vasselage ou la servitude. J'ai déjà indiqué ce fait comme l'une des sources du séniorat.

---

(1) Voy. Latruffe, t. 1, p. 26 et suivantes.

(2) In leg. 31 ff., De verb. sign.

La culture des terres convenait peu à leur vie errante et guerrière ; leur principale richesse consistait en bestiaux ; le sol était couvert d'immenses pâtures, telles que la nature les avait faites, et de forêts où le bétail trouvait sa nourriture. Cette sorte d'exploitation n'exigeait ni l'appropriation exclusive et individuelle du sol, ni sa division ; une très petite étendue de terre était chaque année consacrée à la culture des céréales, et le laboureur changeait de place aussitôt que le champ était épuisé. Le terrain ainsi occupé, défendu par des clôtures, était respecté tant que les récoltes le couvraient ; mais, aussitôt qu'elles étaient enlevées, le droit de pâture commune était exercé.

Les Germains établis sur le sol de la Gaule, soit par les colonies nombreuses qui vinrent successivement l'occuper, sous la domination des empereurs, soit à la suite de la conquête, conservèrent en partie leurs mœurs et leurs usages. Le principe de l'indivision du sol fut néanmoins modifié par les nécessités de la culture égyptienne, qu'ils trouvèrent en possession de la Gaule depuis longtemps. La terre était divisée par l'appropriation privée, et chaque espace reconnaissait un maître ; la communauté dut se réduire en conséquence.

Le système qui se constitua généralement et que consacra la pluralité des coutumes fut celui de la vaine pâture. Dans ce régime, toute terre ouverte et non cultivée fut livrée au pâturage commun ; tout propriétaire noble ou roturier qui voulait interdire l'entrée de ses propriétés devait l'entourer de clôtures ; le champ devenait alors defensable, et l'introduction des bestiaux était punie d'une amende.

La règle 15, liv. 2, tit. 2, des Institutes de Loysel exprime ce principe de la propriété rurale : « Qui ferme ou bouche, em- » pêche, garde et défend ; et pour néant plante qui ne clôt. » E Delaurière, sur cette règle : « Par le droit général de la France, » les héritages ne sont en défense et en garde que quand les fruits » sont dessus ; et, dès qu'ils sont enlevés, la terre, par une espèce » de droit des gens, devient commune à tous les hommes, riches » ou pauvres également. »

198. Le système des vaines pâtures n'empêchait pas l'existence du droit de propriété individuelle et privée sur le sol par-

couru ; chacun demeurait maître de rendre sa jouissance exclusive au moyen de la clôture. Dans l'origine, cette faculté ne paraît avoir eu de limites nulle part. La loi des Visigoths, liv. 8, tit. 5, portait : *Consortes vel hospites nulli calumniæ subjaceant, quia illis usum herbarum quæ conclusæ non fuerant, constat esse communem. Qui vero sortem suam totam fortè concluserit, et aliena pascua absente domino invadit, sine pascuario præsumat, nisi fortè dominus pascuæ voluerit.*

La même faculté de se clore en entier forma le droit commun et primitif ; les coutumes, en général, n'attachèrent d'autre condition restrictive à cette faculté que la perte du droit de parcours sur les autres possessions. La coutume de Bretagne, art. 408, reproduisait la loi des Visigoths en ces termes : « Gens de » basse condition (1), s'ils ont clos leurs terres et icelles mises en » défense ne doivent avoir guerb, c'est-à-dire avoir faculté » de laisser leurs bêtes pâturer ès terres des autres voisins. »

Néanmoins la coutume du Boulonnais, art. 131, ne permettait d'enclore que le cinquième d'un fief et *cinq quarterons* d'une terre costière. Il est à remarquer que ces dispositions étaient de droit nouveau dans la coutume qui déclarait ne point avoir d'effet rétroactif à l'égard des clôtures d'ancienneté. Cette restriction, fatale à l'agriculture, était le résultat des faux principes qui se trouvent énoncés dans la plupart des coutumiers du seizième siècle, et qui n'étaient pas alors fort anciens. On sait quel obstacle offre encore de nos jours à la liberté des exploitations, et, par suite, aux progrès agricoles, l'exercice de la vaine pâture, reste vivace des habitudes barbares, rendu plus énergique encore par les idées des économistes féodaux. Basnage écrivait à la fin du dix-septième siècle : « Il semble que notre coutume, en rendant » communes, en certaines saisons de l'année, les terres vides et » non cultivées, est contraire au droit commun en ôtant aux » propriétaires la libre disposition de leurs héritages ; néanmoins » *l'intérêt public a prévalu* sur la liberté des particuliers (2). »

---

(1) Les terres nobles d'une certaine étendue étaient défensables de droit, aux termes de l'art. 395.

(2) Sur l'art. 82 de la coutume de Normandie.

199. Quelques auteurs ont cru voir les traces et la preuve d'une propriété commune dans certaines dispositions des lois barbares, reproduites ou conservées dans les coutumes, qui, en effet, permettent, en certains cas, l'usage de la propriété d'autrui; mais ces règles exceptionnelles ont pour cause un sentiment d'humanité et les principes de l'hospitalité, vertu largement pratiquée dans les temps antiques. C'est à cette considération qu'il faut rattacher la loi des Burgundes, qui permettait à tout individu non possesseur de forêt de prendre dans celle d'autrui les bois tombés et sans fruit (1); la loi des Wisigoths autorisant les voyageurs à faire reposer leurs chevaux et leurs bœufs dans les pâtures non closes, d'y séjourner un jour ou deux, et de rompre dans les forêts des feuillages pour la nourriture de leurs bestiaux (2); enfin le précepte de Charles-le-Chauve pour les Espagnols, déjà bien des fois cité: *Liceat eis secundùm antiquam consuetudinem, ubiquè pascua habere et ligna cædere, et aquarum ductus pro suis necessitatibus, ubicumquè pervenirent, nemine contradicente, juxta priscum morem, semper deducere.*

C'est à cette cause également que se rattache l'usage de tous les temps et de tous les lieux du glanage et du grapillage. Tous les anciens auteurs posent ce principe que *Potest quis facere in alieno fundo quod ei prodest, et domino fundi non nocet* (3), et en font l'application aux choses de pratique: ainsi, Jean Faber, consulté sur le point de savoir si le voisin d'un étang négligé et transformé en marais peut y envoyer ses bestiaux malgré le propriétaire, répond qu'oui, *ex quo si non mitterentur animalia, herba fieret inutilis* (4); Chassanée pose cette question: *Quæro aliquis habet terram vacuam juxta domum meam, de quâ nihil facit, numquid possim eo invito animalia mea immittere depascenda, cùm eum non lædant?* et la résout affirmativement (5). Enfin le même principe se révèle dans la dispo-

(1) Leg. Burg., t. 28.
(2) Leg. Wisigoth., L. 8, tit. 3, l. 27.
(3) Covarruvias, *Questions pratiques*, chap. 37.
(4) *In Instit. de leg. fur. con. toll.*
(5) Cout. de Bourgogne, rub. 13, § 2, text. *Quelque laps de temps.*

sition de la coutume de Nivernais, chap. 11, art. 1 : « Chacun peut » labourer terres ou vignes d'autrui non labourées par le pro- » priétaire sans autre réquisition, en payant les droits de cham- » part. »

C'est à tort que de savants écrivains ont rapporté ces dispositions à l'existence d'une communauté primitive ; ce sont des règles fondées sur les devoirs de l'humanité, qui ne permettent pas que le droit de propriété excède les limites de l'utile et que le principe d'exclusion y soit autre chose qu'un accessoire conservateur.

200. Les plus improductives des terres incultes furent, dans les temps de dépopulation, celles que couvraient les bois; la consommation pour le chauffage ou les constructions était loin d'égaler la production. On a vu le nombre des forêts considérablement accru par la passion des Francs pour la chasse, et leur étendue envahir des régions entières ainsi dévastées et dépeuplées. En vain les propriétaires, expulsés de leurs possessions et de leurs cultures, s'arrêtèrent sur les limites des terres frappées du ban seigneurial, et s'efforcèrent d'utiliser leurs propriétés en tout ce que l'exercice du droit de chasse voulut bien leur permettre; en vain leurs perpétuelles tentatives de révolte constatèrent leur droit envahi et la persistance de leurs prétentions au sol usurpé, il fallut céder devant les bêtes sauvages et devant le chasseur non moins féroce qu'elles. Après trois siècles de possession héréditaire, le comte ou le justicier se déclara propriétaire exclusif; nul souvenir ne fut assez efficace et nul riverain assez puissant pour contester sa prétention. Ce fut même sous plusieurs coutumes, notamment dans celle d'Anjou, une règle, que le justicier de certaine classe devait avoir forêt, comme si la marque essentielle de la justice seigneuriale devait être l'effet le plus terrible de la conquête et de la désolation.

201. Les terres incultes de toute espèce comportaient deux conditions, une jouissance et un cens ou redevance ; mais ces conditions étaient fort diverses quoiqu'elles aient été confondues.

La jouissance des terres fiscales était l'objet d'un louage aux habitants riverains ; ceux-ci envoyaient leurs bestiaux dans les

possessions du fisc, et en payaient un prix de ferme ou redevance, que percevait le *judex*, et plus tard le justicier.

Lorsque les possessions fiscales devinrent propriétés privées, soit par les concessions royales, soit par les usurpations justicières, l'usage des riverains conserva le même caractère ; ils continuèrent d'envoyer leurs bestiaux y paître moyennant une redevance qui eut nature de prix de bail.

Quant aux terres désertes formant des possessions particulières, les propriétaires en jouissaient seuls originairement, mais ils payaient au fisc un cens proportionné à leur valeur et à leur produit. Ce cens était recueilli par le *judex*; plus tard, il fit partie des justices seigneuriales.

Les terres communes, soit des particuliers, soit des cités et villages, furent également recensées, et, comme les terres privées, soumises à des redevances censuelles ayant nature de tribut.

Enfin, l'exercice des vaines pâtures fut, dans certaines localités, assujéti à des redevances modiques destinées à l'entretien des gardiens, soit des troupeaux, soit des terres en défense ; ce droit prit généralement le nom de blairie ; le seigneur justicier le percevait et se l'attribua, mais le plus souvent il s'affranchit des charges que la redevance avait pour objet.

Ainsi la plupart des terres désertes produisaient, pour le justicier, des cens, mais à un titre bien différent : pour les unes, la redevance était un prix de bail ; pour d'autres, un impôt; pour d'autres enfin, une contribution commune et dans un intérêt de police privée.

Cependant certaines forêts et certains usages firent exception à la règle générale ; ainsi la jouissance des propriétaires dépossédés par le *bannum* qui consacrait leurs possessions à la chasse, celle des habitants, par la vaine pâture, dans les lieux où la blairie ne fut pas établie, les prises de bois mort et les pacages tolérés à titre de nécessités humaines, enfin les possessions des communautés dans les pays d'alleux, furent affranchies de toute redevance.

202. Longtemps la propriété des terres incultes ne fut pas un avantage recherché ; les terres communes et la vaine pâture étaient plus que suffisantes à la nourriture des bestiaux élevés

en petit nombre. Celui qui voulait défricher ne manquait point d'espace où s'établir, et d'ailleurs l'exploitation agricole était presque entière concentrée dans des mains serviles ou de condition inférieure. Aussi les grands et les hommes puissants se montrèrent-ils plus avides des produits fiscaux ou de justice que du droit même de propriété du sol, droit chargé des nécessités de la culture et des chances de l'exploitation. La première trace de querelles que présentent les terres incultes n'a pas pour objet l'appropriation du fonds, mais la perception du cens et des autres droits de justice. Je la trouve dans un diplôme de Louis-le-Débonnaire, de 822 : les moines de l'abbaye d'Aniane se plaignaient de ce que, nonobstant l'immunité dont leur couvent jouissait, les justiciers soumettaient leurs possessions à des exactions journalières, sous le prétexte que l'immunité devait se restreindre au cloître du monastère ; le roi distingue les terres closes des terres non closes, suivant la règle exposée ci-dessus : « Volumus ut » intelligatis non solùm ad claustrum monasterii, vel ecclesias, » atque atria ecclesiarum, immunitatis nomen pertinere ; verùm » etiam domos, et villas, et septa villarum, et piscatoria manu » facta, vel quidquid fossis, vel sepibus, aut alio clusarum genere » præcingitur, eodem immunitatis nomine contineri... Quod verò » in agro, vel campo, aut silvâ quæ nullâ munitione cinguntur, » casu, sicut fieri solet, à quibuslibet hominibus commissum » fuerit, quamvis id ager, vel campus, aut silva, ad ecclesiam » præceptum immunitatis habentem, pertineat, non tamen in » hoc immunitas fracta judicanda est... (1). »

Comme on le voit par cet exemple, les comtes, au neuvième

---

(1) Ce diplôme est rapporté par M. Laboulaye, *Du droit de propriété*, p. 508. Trad. : « Nous voulons que vous sachiez que le bénéfice d'immunité ne » comprend pas seulement le cloître du monastère ou les églises et les cha- » pelles, mais encore les maisons et villages et leur pourpris, et les pêcheries » faites de main d'homme, et tout ce qui est entouré de fossés, de haies ou » d'un autre genre quelconque de clôture. Quant à ce qui a été commis par » qui que ce soit et tombe en amende, dans le champ, dans la plaine ou dans » le bois qui ne sont point entourés, quoique le champ, la plaine ou le bois » appartiennent à l'église qui jouit de l'immunité, cependant ladite immunité » ne sera point dite brisée. »

siècle, étaient loin de s'attribuer la propriété des terres non closes, ni même celle des terres incultes; on leur reconnaissait le titre de propriété privée : *Ager, campus, silva quæ nullâ munitione cinguntur ad ecclesiam pertinent.*

Le registre des *Olim* contient de nombreux procès au sujet des droits de pâture et des terres incultes; mais les contestations se rapportent également au droit privé; elles surgissent entre des propriétaires, *homines*, des localités, et ont pour objet soit la propriété même des terrains litigieux, soit un droit de passage ou de pâturage sur les terres d'autrui. Un seul exemple se rencontre d'usurpation d'un marais par un seigneur, et la possession en est volontairement abandonnée (1).

203. Vers la fin du quatorzième siècle, les ravages de la guerre des Anglais avaient dépeuplé la plus grande partie du royaume ; des portions immenses de territoire restaient sans culture parce qu'elles étaient sans habitants. Nulle dispute ne s'élevait dans ces régions quant à la possession du sol, et les propriétaires de ces solitudes faisaient de toutes parts appel aux cultivateurs.

Une multitude d'actes datant du commencement du quinzième siècle ont pour objet d'offrir à tous ceux qui voudront s'établir dans une seigneurie autant de terres qu'ils en pourront cultiver, le pâturage libre pour leurs bestiaux, et tout le bois nécessaire soit au chauffage, soit à la construction ou à l'entretien des maisons. J'ai vu un grand nombre de ces titres qui tous portent le même préambule et rappellent les ravages de la guerre et la dépopulation du territoire; tous ont le même caractère et le même objet, celui de rendre à la culture les terres dévastées. Les concessions sont fréquemment gratuites, et le seigneur ne semble avoir d'autre but que d'appeler sur ses domaines un germe de population qui plus tard se développera à son profit. Souvent aussi les conditions des usages concédés consistent en redevances modiques, en travaux de corps, en portions de fruits, en rentes ou devoirs de diverses natures.

(1) Tom. 1, p. 595, n° 8.

Ces conventions, ainsi que les droits et obligations réciproques qu'elles engendrent, diffèrent essentiellement de toutes celles qui les ont précédées jusqu'alors. Ce ne sont pas des redevances justicières réglées et modérées ou interverties par les concessions de communes, ni des stipulations d'affranchissements de servitudes, ni des formations de séniorat au moyen de dévolutions féodales ou censuelles; ce sont des stipulations d'hommes libres et des constitutions de droits nouveaux. Le cultivateur sera propriétaire des terres qu'il défrichera, de la maison qu'il aura construite; il reconnaîtra seulement les tenir du seigneur avec lequel ils contracte. Mais ni l'un ni l'autre n'ont recours à l'association du séniorat, et ils ne la stipulent point. Les institutions nouvelles ou précédentes donnent à l'inférieur une justice et le supérieur n'a plus besoin d'un vasselage. Les rentes et redevances, quand il en est convenu, sont le prix de la possession et du droit d'usage qui sont accordés dans les terres que le seigneur se réserve propres.

204. Tel était, sous le rapport du droit, l'état des choses relativement aux terres incultes, c'est-à-dire aux bois, forêts, marais, landes, pâtures, susceptibles d'un usage commun et d'un emploi indivis, à l'époque où les coutumes commencèrent à être généralement rédigées. Les jurisconsultes distinguaient encore les terres vacantes à défaut de prise de possession, des terres abandonnées apres culture, et les terres vagues, des communaux proprement dits, ou possessious des communautes. Mais cette distinction ne sortait guère de la doctrine; dans la pratique, tout était confondu: d'une part, les habitants envoyaient indifféremment leurs bestiaux sur toute possession non close, et s'inquiétaient fort peu de savoir si cette jouissance provenait pour eux d'une communauté primitive, ou du principe des vaines pâtures, ou d'une concession usagère, ou d'une usurpation sans titre légitime; de l'autre, les seigneurs prélevaient presque partout des droits à raison de cet usage, et n'avaient guère conservé le souvenir de leur origine; les redevances dérivant des fermages fiscaux, ou des cens des terres privées, ou des stipulations modernes, avaient toutes à leurs yeux le même caractère, et, dans les aveux et autres actes

de cette époque il est bien difficile de les reconnaître et de les distinguer.

Aussi, lorsque la question de propriété prit de l'intérêt et s'éleva entre les seigneurs et les tenanciers, les premiers s'empressèrent de rattacher leurs prétentions au titre le plus favorable; tous supposèrent que la jouissance des habitants avait pour cause unique la concession telle que la supposaient les actes les plus récents, les seuls sans doute que l'on pût représenter en nature et sous leur forme matérielle. Il n'est pas un procès qui n'offre ce système; le seigneur y plaide, sans exception, que les villageois sont ses tenanciers; que leur jouissance consiste en droits d'usage qu'ils tiennent de sa concession; que les terres sur lesquelles ils les exercent sont sa propriété. La possession même des habitants est une preuve que leurs droits ne sont que précaires; le paiement d'un cens, d'une redevance, d'un devoir quelconque, en est la justification irrécusable.

Dans cet injuste procès, les villageois devaient succomber; ils avaient à lutter contre la puissance de leurs adversaires, à la fois leurs juges et leurs maîtres. Leurs plus redoutables ennemis furent les jurisconsultes; les plus habiles étaient les avocats des seigneurs, parce que ceux-ci étaient les plus riches; les pauvres n'eurent pour les défendre que les talents obscurs ou naissants, et les praticiens ignorants auxquels, dans tous les temps, revient de droit, la cause du misérable et son salaire incertain. Les feudistes vainqueurs ne manquaient pas de consigner leur victoire et ses éléments dans leurs livres; la décision privée devenait ainsi un principe général. Chaque procès gagné par un seigneur était un progrès pour tous; les ouvrages féodaux en font foi; le dernier, et assurément l'un des plus respectables des feudistes, dut à un triomphe de ce genre son éclatante réputation; les habitants des campagnes lui doivent aussi un de leurs plus terribles désastres. Henrion de Pansey, avocat du comte de Pont de Rennepont, dans un procès qu'il soutint contre les communes de Roche, Cuitru et Bétaincourt, établit et développa la doctrine funeste du cantonnement; son mémoire, accueilli avec enthousiasme par l'administration forestière, fut imprimé aux frais de l'État; les théories de ce mémoire furent reproduites dans les *Dissertations féodales* et dans divers articles de l'*Ancien réper-*

toire; elles furent converties en loi par les dispositions révolutionnaires, et n'ont pas peu contribué à dépouiller les communes des droits que la chicane des seigneurs leur avait laissés (1).

205. Lors de la première rédaction des coutumes, les droits des habitants à des terres communes, droits autres que de simples usages sur le bien d'autrui, étaient encore généralement reconnus ; presque tous les villages du royaume en possédaient: *Nullus est ferè*, dit Mornac, *in Galliâ pagus qui hujusmodi pascua communia non habeat* (2). Les coutumes constatèrent généralement l'existence de ces propriétés communales. Mais déjà les seigneurs s'étaient fait reconnaître la faculté de disposer des terres vacantes, c'est-à-dire des biens abandonnés et sans maître. Ce droit n'était pas difficile à obtenir; nul n'avait intérêt à le contester, et d'ailleurs il résulte de l'historique qui précède que leur prétention n'était pas sans fondement.

Mais les terres communes et les terres désertes étaient, quant au droit, deux choses distinctes, quoiqu'en fait ce fût également des terres vaines et vagues, incultes, et le plus souvent ayant même aspect et même nature. Les seigneurs avaient un intérêt puissant à les confondre, et leurs efforts tendirent à ce but avec insistance.

Utilement aidés des feudistes, ils y parvinrent lors de la révision des coutumes; la rédaction qui consacra la maxime « Nulle terre sans seigneur » étendit également leur droit à toutes les terres incultes et sans clôture ou appropriation particulière (3).

---

(1) Il faut voir, sur ce sujet, l'excellente discussion de M. Latruffe, t. 1, p. 402 et suivantes.

(2) *Ad leg. 3 ff., De servit. rust. præd.*

(3) Dans les provinces méridionales, où la règle Nulle terre sans seigneur n'avait point prévalu, les anciens principes furent maintenus. Ainsi Paul de Castro, en son conseil 376, et après lui Cravela, conseil 154, avaient décidé que les biens incultes étaient présumés appartenir aux habitants : *Terræ herbidæ et incultæ quæ à nemine reperiuntur occupatæ, præsumuntur esse universitatis in cujus territorio sitæ sunt.* Un arrêt du parlement de Dijon, du 22 août 1672, conforme à des arrêts de 1616, 1633 et 1659, maintient les communautés dans la propriété des vacants. Voy. Boniface, t. 4, l. 3, tit. 1, chap. 1.

Pour atteindre ce résultat, il suffisait de faire disparaître les dispositions coutumières qui distinguaient les terres communales ou privées des terres désertes, et c'est ce qui eut lieu. Cette assertion pourrait être justifiée par de nombreux exemples; je citerai la coutume de Bourbonnais :

On lisait dans l'ancienne, tit. 8, art 1 : « Toutes terres hermes et vacans, sont tenues et réputées être au seigneur justicier, qui ne prouvera le contraire, soit que particuliers prétendent lesdites terres leur appartenir, ou qu'on les veuille prétendre communes aux villes et aux villaiges. Et ne sont réputées terres hermes et vacans que les terres ou pastoraulx dont aulcunes villes, villaiges ou autres communautés jouissent et ont joui pour leur aisance de tel et si longtemps qu'il n'est mémoire du contraire, sans préjudice des droits seigneuriaux, blairies ou autres que les seigneurs justiciers auront accoutumé de prendre. »

Cette disposition est parfaitement conforme à ce que j'ai dit des terres incultes et de leurs diverses espèces; comme je l'ai expliqué, la coutume de Bourbonnais constate l'existence de vacants qui sont la propriété commune des villes, villages et autres communautés, ou la propriété exclusive de particuliers; le justicier n'a droit à ces biens qu'à défaut d'autres maîtres, par une présomption qui cède à la preuve contraire, et notamment à toute possession immémoriale; la jouissance est pour le possesseur un titre de propriété, loin d'être contre lui une preuve de simple usage ; l'existence de droits seigneuriaux, blairies et autres est compatible avec la propriété privée, et n'établit rien au profit du seigneur, si ce n'est l'exercice de ces droits.

Cet article contient la théorie tout entière des biens vacants; il justifie complètement l'exposé qui précède ; il est évident que la règle qu'il contient dut exister partout, parce que partout elle fut juste et conforme à la nature des choses.

Mais, lors de la révision de la coutume, toute distinction fut supprimée; l'art. 331 fut réduit à ces termes absolus: « Terres hermes et vacans *sont* au seigneur justicier. » On comprend toute la portée de la rédaction nouvelle.

206. L'usurpation des vacants et le titre illégitime des sei-

gneurs à leur possession sont un fait incontestable et qu'attestent tous les monuments relatifs à cette espèce de biens. Indépendamment des voies si favorables que leur offrait la chicane et l'immense avantage d'être jugés par des seigneurs également rédacteurs des coutumes, ils abusaient de tous les moyens que la puissance justicière ou féodale mettait à leur disposition. Une série d'ordonnances, depuis François I[er] jusqu'à Louis XIV, constate les actes oppressifs et criminels auxquels ils avaient journellement recours pour s'emparer des biens communaux. Une ordonnance du mois d'avril 1567, précédée d'un préambule où ces abus sont signalés, défendit « à toutes personnes, » de quelque estat et condition qu'elles soient, *de prendre ni* » *s'attribuer* les terres vaines et vagues, pastis et commu- » naux de leurs subjects. » Les édits se succédèrent à cet égard ; les violences continuaient ; les plaintes s'élevaient de toutes parts, et les révoltes venaient souvent les appuyer. Des commissions extraordinaires furent créées, mais leur exercice ne fut qu'une nouvelle cause d'extorsions et de pillages, au grand préjudice des villageois qui n'en furent que plus activement dépouillés. Une ordonnance de 1579 dut les révoquer, et, constatant les malheurs des petits propriétaires, elle enjoignit aux juges ordinaires royaux, « baillis et sénéchaux, de » tenir la main à ce qu'aucun de nosdits sujects soient travaillés » ni opprimés par la puissance et violence des seigneurs, gen- » tilshommes et autres, auxquels défendons de les intimider, » menacer ou excéder... »

L'art. 284 de cette ordonnance portait :

« Pareillement enjoignons à nosdits procureurs de faire infor- » mer diligemment et secrètement contre tous ceux qui, de leur » propre authorité, *ont osté et soustrait les lettres, titres et au-* » *tres enseignemens de leurs sujets, pour s'accommoder des* » *communs* dont ils jouissaient auparavant, ou sous prétexte » d'accord les ont forcez de se soumettre à l'avis de telle per- » sonne que bon leur a semblé.... »

Vainement une ordonnance de 1667, frappant tous les actes passés entre les seigneurs et les communautés d'une présomption de fraude et de violence, en prononça l'annulation générale; vainement l'usurpation fut déclarée la cause principale du droit

des seigneurs aux vacants : ce droit, maintenu et consacré en principe par la plupart des coutumes, ne fit que se consolider. Si toutes les coutumes ne déclarèrent pas, comme celle de Boulogne, que les vacants *sont* au seigneur, presque toutes l'autorisèrent à s'en emparer par des défrichements ou des afféagements à son profit. Ce fut dans cet état que les lois abolitives de la féodalité trouvèrent la jurisprudence. L'art. 7 de la loi du 20 avril 1791 manifeste l'opinion du législateur en disant : « *Le* » *droit de s'approprier* les terres vaines et vagues n'aura plus » lieu en faveur des ci-devant seigneurs. »

207. L'injustice du principe admis se manifesta presque aussitôt qu'il fut établi ; les seigneurs justiciers et féodaux se disputèrent les dépouilles des vaincus. Une lutte s'éleva sur le point de savoir auquel des deux devait appartenir un vacant compris dans l'enclave d'un fief et situé lui-même dans le territoire d'une justice appartenant à un autre que le seigneur du fief. C'est un procès qui, suivant que je l'ai dit en commençant, n'a jamais reçu de solution générale et définitive.

Le seigneur féodal faisait valoir la maxime de l'enclave expliquée plus haut, nº 180. Tout ce qui se trouvait compris dans les limites de son fief devait lui appartenir, terres désertes ou cultivées : celles-ci, parce qu'il était censé les avoir concédées ; les autres, parce qu'il n'en avait pas disposé, ou qu'après leur concession le concessionnaire les avait abandonnées.

C'était l'opinion de Dumoulin et de presque tous les feudistes antérieurs.

Constat dominum de dominio totius territorii vel loci limitati investitum, si reperiantur in eo terræ desertæ, nedùm omninò incultæ, sed etiam cùm vestigiis culturæ, præsumuntur nunquàm fuisse subinfeudatæ, nec in censum concessæ, nisi per investituram aut aliter appareat ; sed vel relictæ in eodem statu incultæ, vel cultæ per dominum deindè omissæ coli, prout sæpè accidit (1). Puis il ajoute, nº 9 : *Ampliùs etiam*

---

(1) § 48, nº 8.

si sit alius respectu jurisdictionis tantùm : quia hujusmodi sterilia et inculta non spectant ad dominum jurisdictionis, sed ad dominum territorii.

Cette doctrine fut celle de tous les feudistes indépendants : d'Argentré, Hévin, Dunod, Despeisses, Boutaric, Henrion de Pansey (1). Elle fut consacrée par les coutumes du Maine, d'Anjou, de Bretagne et de Normandie.

La défense des justiciers fut fort habile et tirée de loin.

Elle eut pour base principale les droits de blairie et autres redevances justicières qui, presque partout, ainsi que je l'ai dit, frappaient la jouissance ou la possession des terres incultes.

Ainsi, dans les anciennes pâtures fiscales, ils avaient continué de percevoir, sous différentes dénominations, l'*herbaticum* perçu par le *judex*.

Dans les forêts publiques, ils prélevaient les anciens droits de *panagium*.

Sur les possessions privées ou communes, ils exigeaient le cens justicier, suite non interrompue du cens romain.

Sur la jouissance de vaines pâtures, ils percevaient les droits de blairie et autres de même nature.

L'existence de tous ces droits est constatée par l'article sustranscrit de la coutume de Bourbonnais, qui fait en même temps connaître que leur possession n'entraînait pas la propriété des terres à raison desquelles on les payait.

Cependant la confusion des droits de justice et des droits de fief et la supposition que tous avaient pour origine une concession, facilitaient la prétention du justicier à la propriété des terres ; partout il en excipa pour s'attribuer le titre de propriétaire des vacauts. Cette conséquence n'était pas fondée, comme nous le savons et ainsi que le fait observer Coquille au sujet du droit de blairie :

« C'est redevance, dit-il, qui n'est pas pour bail d'héritage, » ni redevance foncière, mais est pour reconnaissance de supé- » riorité et de la protection que le seigneur doit à ses sujets pour

(1) Voy. les *Dissertations féodales* de ce dernier.

» les maintenir en la jouissance et usage de la blairie, à ce qu'ils » n'y soient troublés par les voisins. Pourquoi me semble, si, en » la haute justice d'un seigneur, se trouvent aucuns héritages » vacants qui ont servi de pacage pour les sujets, que le seigneur » en devra être empêché de les appliquer à son profit, sous pré- » texte que les sujets lui paient blairie (1). »

Néanmoins le droit de blairie, comme tous les autres, servait de base à l'argument du justicier. Cet argument d'ailleurs avait depuis longtemps réussi.

Ainsi c'était parce que depuis la domination romaine les justiciers étaient en possession de percevoir sur les rivières les droits que la charte de Dagobert citée par Salvaing, chap. 34, désigne sous les noms de *theloneos*, *navigios*, *portaticos*, *pontaticos*, *rivaticos*, qu'ils s'étaient attribué la propriété des fleuves navigables.

C'était parce qu'ils percevaient sur les chemins les droits que la même charte dénomme *rotaticos*, *vultaticos*, *cespitaticos*, *pulveraticos*, qu'ils s'étaient fait reconnaître propriétaires des chemins.

C'était enfin parce qu'on leur payait des droits de marché, de halles, de ventes, etc., qu'ils s'étaient emparés des rues et champs de foires et des lieux de ventes publiques.

La déduction, aidée de la force, avait réussi; et déjà, du temps de Beaumanoir, les justiciers étaient reconnus propriétaires des chemins et voies publiques. « De droit commun, tuit les que- » mins... sont et appartiennent en toutes cozes au seigneur de la » terre qui tient en baronnie soient lesdits quemins parmi lor » domaine ou parmi le domaine de lor sougès ; et est toute le » justice et le seigneurie des quemins lor (2). »

L'analogie, et sans doute aussi l'identité de causes externes, déterminèrent les rédacteurs des coutumes; partout où les justiciers s'étaient fait reconnaître la propriété des chemins, on leur reconnut la propriété des vacants, à l'exclusion des féodaux ; mais, dans les localités où ils avaient succombé sur la question des chemins, ils succombèrent sur la question des vacants. Ainsi,

(1) Cout. de Nivernais, chap. 3, art. 6.

(2) Chap. 25, n° 4.



dans les coutumes de Bretagne, d'Anjou, du Maine et de Normandie, les chemins et les vacants furent également attribués aux seigneurs féodaux (1).

208. Le succès du justicier, et; par suite, la défaite générale des féodaux, furent puissamment aidés par cette circonstance que presque partout le roi fut intéressé à la question en qualité de justicier. J'ai déjà fait observer que, dans les premiers temps du rétablissement de la royauté, les règlements, conventions et autres actes relatifs aux droits de son domaine, appartiennent à la matière des justices. Cette considération n'a pas peu contribué à consolider et à accroître la puissance et l'autorité justicière.

C'est, en effet, avec le roi que la plupart des procès relatifs aux vacants, s'élevant entre féodal et justicier, ont été jugés; ainsi c'est à l'égard du roi que d'Argentré discute et résout la question : *Domini quique probatis finibus territoriorum fundati sunt in omnibus inclusis intra easdem metas ex partibus sui fundi, etiam adversus regem.* Malgré la règle admise en Bretagne, les agents du domaine n'ont jamais cessé de réclamer les vacants. Les savantes discussions d'Hévin ont souvent cette matière pour objet, et presque toujours pour adversaire l'agent du roi.

C'est ce qui explique pourquoi les coutumes de Sens, Auxerre, Laon, Châlons, Reims, Melun, Chaumont, dont le roi était seigneur justicier immédiat, ont été les premières à ranger la propriété des vacants parmi les droits de justice; c'est aussi ce qui fait comprendre comment les feudistes domaniaux, Loyseau, *Des seigneuries*, chap. 12, n° 117, Chopin, *Du domaine*, liv. 3, tit. 18, n° 3, et autres, attribuent la propriété des vacants au haut justicier (2).

209. A la théorie des biens vacants se rattacha celle des épa-

(1) Voy. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, § 10. Cet auteur suppose que la question des vacants a reçu sa solution avant celle des chemins; mais le contraire est constaté par l'examen et l'histoire de ces deux doctrines.

(2) Plus tard, lorsque la puissance royale n'eut plus besoin de fonder ses

ves, c'est-à-dire des choses mobilières perdues, abandonnées ou sans maître connu; généralement le bénéfice en fut attribué aux seigneurs hauts justiciers. On ne voit guère quelle put être l'origine légale de ce droit, si ce n'est celui du plus fort; aussi les règles en furent-elles infiniment variées. La puissance royale intervint au milieu du différend qui s'élevait entre les prétentions et s'empara de la fortune d'or. « Le roi, porte la 52ᵉ règle de » Loysel, liv. 2, tit. 2, applique à soi la fortune et treuve d'or. » Déjà les Établissements de saint Louis exprimaient une règle semblable pour les terres du roi, liv. 1, chap. 88 : « Nul n'a for» tune d'or se il n'est roys, et la fortune d'argent sont aux barons » et à ceux qui ont grand justice en sa terre. » Le même principe se retrouve dans la Somme rurale de Bouteiller, liv. 1, tit. 36.

On peut voir dans le *Traité des droits de justice* de Bacquet, chap. 32 et 33, l'historique de la jurisprudence constitutive des droits du roi et des seigneurs justiciers sur les épaves et les trésors; on y reconnaîtra que les maximes consacrées par les coutumes et par les parlements sont l'œuvre des procureurs du roi. Bacquet ne dissimule pas cette origine : après avoir dit que, selon les principes du droit romain, le trésor doit appartenir à celui dans l'héritage duquel il est trouvé, sauf la part de l'inventeur, il ajoute : « Toutesfois en France les procureurs du roi et » les seigneurs hauts justiciers ont soutenu que les trésors trou» vés au dedans de leurs hautes justices leur appartiennent,

---

droits sur les bases du pouvoir seigneurial, ce fut à un autre titre que les vacants furent attribués à son domaine ; alors parurent les ordonnances qui dépouillèrent justiciers et féodaux. La royauté fut intéressée à maintenir des éléments de richesse aux mains des roturiers, seuls soumis aux fouages, aux tailles, aux gabelles, et qui ne pouvaient payer les impôts royaux si l'on permettait aux seigneurs de les ruiner. Ces mêmes biens communaux, à peine rendus aux habitants, devinrent la proie d'une nuée de spéculateurs auxquels le fisc vendit tout ce qui pouvait profiter dans ces possessions, sous prétexte de défrichements ou de desséchements d'intérêt public et qui ne furent jamais exécutés. Ces avides traitants renoncèrent presque partout à leurs prétendus projets moyennant des sommes d'argent qu'ils extorquèrent des villageois; il fallut encore révoquer ces concessions fiscales, qui n'avaient servi qu'à l'appauvrissement des communautés, et, par suite, à celui de l'État.

» encore qu'ils soient trouvés en l'héritage qui appartient à au-
» cun particulier. Même les procureurs du roi ont maintenu que
» les trésors consistant en or entièrement appartiennent au roi,
» privativement à tous seigneurs et à tous particuliers (1). »
Puis il rapporte très au long la discussion et les moyens respectifs du roi et des particuliers. L'examen de ces motifs est véritablement curieux et fait voir sur quels prétextes futiles et souvent mensongers les agents du fisc ne craignaient pas d'appuyer les prétentions royales.

Quoi qu'il en soit, le roi, et avec lui la plupart des seigneurs justiciers, gagnèrent leur procès ; les trésors et les épaves leur furent généralement attribués; mais la part qui fut reconnue au roi offre une preuve manifeste que cette attribution n'avait pas pour cause un droit primitif de propriété dans le sol et le territoire de la justice (2).

Ce fut également par suite de la règle commune des biens vacans, que les seigneurs justiciers furent saisis des successions en déshérence, dans le ressort de la coutume de Paris et dans plusieurs autres. Ce principe produisit d'étranges résultats à l'égard des biens féodaux, car régulièrement l'extinction de la famille du vassal devait faire retomber le fief aux mains du seigneur. On conçoit donc que la maxime attributive des terres féodales en déshérence aux seigneurs justiciers n'a pu s'établir que dans l'oubli des règles fondamentales du fief; aussi n'a-t-elle pris naissance que dans le seizième siècle.

Le seigneur justicier saisi d'un fief relevant d'un autre que lui, dut entrer en foi et en payer le droit de relief ou s'en dessaisir, comme à l'égard des confiscations.

Les gens du roi souffrirent difficilement l'appropriation des justiciers et la contestèrent de droit et de fait. En droit, ils durent céder contre la coutume écrite et la possession. Cependant ils protestèrent. Bacquet écrivait : « Combien que le droit de

(1) *Des justices*, ch. 32, n° 2.

(2) Jean Faber écrivait au 14° siècle : *Hodiè nostri justitiarii regis Franciæ sibi usurparunt quod sic inventa sibi reddi et trahunt ad emendas non reddentes ; quod est contrà jus et malè faciunt.* Inst., *de rer. divis.*, § *ult.*

» déshérence ou des biens vacants par la disposition du droit » commun appartienne au roi seul, suivant le texte *in titulo* » *Quæ sint regalia, in usibus feudorum;... nullusque in Gal-* » *liâ fiscum habeat præter regem*, qui est seul souverain et » empereur au royaume de France, *cap. Per venerabilem*, *Bald.* » Et pour montrer qu'au roi seul appartient le droit de déshé- » rence, au cinquième livre de Cassiodore, y a une épistre de » Théodoric, roi d'Italie, qu'il écrit au proconsulaire en la Dal- » matie, contenant ces mots : *Et quia caduca bona nostro fisco* » *competere legum cauta decreverunt...te admonemus...ut...* » *fisci nostri eam facias aggregari*...Toutes fois le roi ayant fait » ce bien et cet honneur aux ducs, marquis, comtes et autres » seigneurs de son royaume, de *leur donner ou plutôt communi-* » *quer* le droit de haute, moyenne et basse justice en leurs » terres et seigneuries; sous ombre de haute justice ils ont » entrepris le droit de déshérence sur le roi, encore que de tels » droits n'aient rien de commun avec le droit de justice qui » consiste à rendre à chacun ce qui lui appartient (1). »

En fait, les seigneurs jouissaient peu du bénéfice des déshérences; les gens du roi élevaient à ce sujet mille chicanes dont les bureaux de finances étaient juges. Cette compétence avait été fondée par les feudistes domaniaux sur des textes de droit romain. Il faut entendre Bacquet sur ce point :

« *Le plus souvent* le roi et le haut justicier concourent en » scellés, prétendant respectivement l'hérédité jacente. Aussi en » cette concurrence le haut justicier est tenu venir plaider de- » vant le juge royal, tout ainsi qu'anciennement à Rome, *quo-* » *ties contentio erat inter fiscum et privatum*, *procurator Cæ-* » *saris adeundus erat*... Ainsi qu'à présent MM. du thrésor » connoissent seulement des causes fiscales et domaniales entre le » procureur du roi et les particuliers; tellement qu'ils sont *veri* » *procuratores Cæsaris*; et par devant le juge royal le haut justi- » cier est tenu de faire apparoir de son droit de justice, s'il lui est » dénié par le procureur du roi (*comme le plus souvent*) (2). »

(1) *Du droit de déshérence*, chap. 2, n° 1.
(2) *Ibid.*, n° 6.

210. Le domaine réussit plus complètement à dépouiller les justiciers du droit de succéder aux bâtards et aux aubains ou étrangers.

Les historiens sont peu d'accord sur l'origine du mot *aubain*, et sur les personnes qui reçurent d'abord cette dénomination ; quoi qu'il en soit, il paraît, d'après un diplôme de 820, portant immunité au profit d'une église, qu'on entendait alors sous ce mot les individus habitant un domaine, mais ne faisant pas partie de la famille du propriétaire : *Ut nullus comes neque ulla judiciaria potestas, in terrâ Sanctæ Mariæ, ullum censum accipiat, nec de familiâ ipsius ecclesiæ, neque de aliis liberis hominibus vel incolis, quæ rusticè* ALBANI *appellantur in ipsâ terrâ Sanctæ Mariæ manentibus* (1).

Ainsi les aubains étaient alors des hommes libres, mais soumis à l'autorité justicière, puisque l'immunité interdisait aux justiciers d'exiger d'eux le cens fiscal.

Au XIII[e] siècle, ils ont perdu leur liberté ; ils sont considérés comme de condition serve, ou, du moins, il est de règle que le seigneur justicier peut s'emparer de leur personne. La raison probable de ce changement fut que la plupart des aubains étaient des colons ou des serfs fugitifs, qui ne faisaient ainsi que changer de mains sans changer d'état. C'était d'ailleurs, pour le justicier, un droit de même nature que celui de bris et naufrage ; odieux abus de la force sur l'individu d'autant plus faible qu'il est plus isolé ! Je reviendrai plus tard sur cet objet (n° 302).

Le fisc royal devait prendre sa part dans cette inique appropriation ; les agents du domaine n'osèrent pas d'abord dépouiller les justiciers de leur butin, mais ils se tinrent tout prêts à s'en emparer si celui-ci omettait ou négligeait de le faire : le malheureux étranger ne pouvait échapper à l'un ou à l'autre. Cette terrible position, constatée par Beaumanoir, est consacrée par plusieurs coutumes, et notamment par l'ancienne coutume de Champagne, art. 53 : « Quant aucuns ALBINS vient demeurer » dans la justice d'aucuns seigneurs, et li sire dessous qui il » vient ne prend le service dedans l'an et le jour, *si les gens du » roi le savent, ils en prennent le service et est acquis au roi.* »

(1) Baluze, t. 2, p. 1418.

Lorsque l'esclavage fut aboli, les aubains restèrent incapables de disposer par testament, et leur succession fut appréhendée par les seigneurs justiciers. Les agents du domaine conservèrent sur les biens le droit qu'ils s'étaient attribué sur la personne.

Ce qui eut lieu à l'égard des étrangers s'établit également au préjudice des bâtards; car, partout où la puissance justicière trouvait une condition exceptionnelle, elle en faisait une cause de spoliation privilégiée. Les Établissements de saint Louis reconnaissent aux seigneurs le droit de deshérence dans les successions des bâtards *qui nec genus, nec gentem habent*; chap. 95 : « Quand bastard meurt sans hoir de sa femme, toutes les choses » sont à ses seigneurs, à chacun ce qui sera en son fié. » Beaumanoir, chap. 45, exprimait la même règle.

211. Mais, dès le règne de Philippe-le-Bel, les progrès de la royauté se font sentir, et les seigneurs se plaignent de toutes parts de ce que les agents du roi s'emparent de leurs aubains et de leurs bâtards. Une ordonnance de 1301 fait droit à leurs plaintes, et en même temps consacre l'introduction légale du domaine royal dans le droit d'aubaine et de bâtardise, jusqu'alors exclusivement possédé par les justiciers; voici les termes de l'ordonnance : *Bastardorum et aubenarum in terris baronum et aliorum subditorum nostrorum.... decedentium bona nostri collectores non explectent*, NISI *priùs per* ALIQUEM IDONEUM VIRUM *quem ad hoc* SPECIALITER DEPUTAVERIMUS, *vocatis partibus et dictis collectoribus et domino loci constiterit quòd nos simus* IN BONA SÆSINA *percipiendi et habendi bona talium bastardorum et aubenarum, in terris prædictis.*

Le droit des seigneurs, désormais soumis à l'appréciation de l'homme idoine nommé par le roi, devait nécessairement périr tôt ou tard; cependant il fit une longue résistance, et, sous Charles VI, l'auteur de la Somme rurale (chap. 95) en reconnaissait encore l'existence.

Mais vint le seizième siècle, époque remarquable de la grande invasion du pouvoir royal; le droit lui-même fut contesté; un arrêt de 1506 le maintint au profit du haut justicier, mais avec cette restriction, *salvâ super hoc nobis quæstione proprietatis*; décision toute semblable à celle que prend aujourd'hui la régie

de l'enregistrement à l'égard d'un jugement qu'elle n'ose pas soumettre à la Cour de cassation, mais qu'elle exécute *sans tirer à conséquence*.

La réserve manifestait l'intention que les progrès de la royauté permirent de réaliser plus tard.

Enfin Bacquet arriva, et le plus célèbre des avocats du trésor détermina la défaite des justiciers. L'étude de son livre est assurément l'une des plus curieuses et des plus instructives sur les moyens d'agrandissement de la puissance royale. Parmi ses dissertations, il n'y en a guère de plus caractéristique que celle du droit d'aubaine; la naïveté de la ruse y est véritablement plaisante. Le traité commence ainsi : « Nous voyons communément » que les choses de sol précieuses et excellentes sont d'autant » plus estimées et mieux recueillies, qu'elles sont tenues secrettes, » obscures et cachées. » Puis, après avoir justifié cette assertion par de nombreux arguments tirés de l'histoire ancienne, des poètes et des philosophes, il arrive à la seconde partie de sa proposition : « Art. 6. Et d'autant que les droits domaniaux du » royaume de France ont tousiours été, comme ils sont encore à » présent, secrets, obscurs et cachés, quoique ce soit inconnu à » plusieurs. »

C'est assurément une chose fort étrange que le secret dans la législation domaniale; mais si l'assertion n'est pas absolument conforme aux exigences de la raison, elle n'en conduit pas moins l'auteur à son but, qui se manifeste au chapitre 3, en ces termes : « On a fort douté en quelle sorte le droit d'aubaine a été introduit » en France, et si ç'a été par la loi générale, qui ait été écrite et » publiée comme le sont les ordonnances de nos rois, ou si ç'a été » seulement par une longue coutume et ancienne observance ; ce » que plusieurs ont estimé, d'autant *qu'on ne trouve aucunes* » *ordonnances, mémoires* ou *instructions* par écrit concernant » ce droit, qui ci-devant ayent été divulgués; qui *est cause* » *que peu de gens ont eu connaissance du droit d'aubaine*. »

On comprend facilement toute la finesse de l'exorde ; l'auteur achève son habile manœuvre : « Toutefois, ayant fait plusieurs » perquisitions, j'ai trouvé ès registres de la chambre des comp» tes une forme d'instruction de l'ancienne usance, tant du droit

» d'aubaine que du droit de bâtardise... et comme les droits des » susdits doivent être observés en France, l'extrait desquels re- » gistres, *jusqu'à présent incogneus*, m'a semblé nécessaire à » être inséré au présent traité... » Puis suit un long détail des droits du roi sur les bâtards, aubains, espaves et manumis, extrait des prétendues instructions sans titre, sans date et sans indication précise, jusqu'alors *incogneues*, et qu'on n'a pas retrouvées depuis.

Lors de la rédaction des coutumes, les droits du roi furent diversement établis suivant le plus ou le moins d'influence de ses officiers sur les débats; le plus grand nombre néanmoins reconnut les droits du justicier (1). Dumoulin, dans sa note sur l'art. 48 de la coutume du Maine, écrivit : « Ce sont les droits anciens des » nobles d'avoir généralement tout droit de confiscation en leurs » terres où ils ont haute justice, comme il appert par le procès- » verbal de cette coutume et de celle d'Anjou, et par les anciens » registres et cartulaires des coutumes; combien que depuis *au-* » *cuns fiscaux royaux questuaires cherchent toutes nouvelles* » *inventions pour augmenter le fisc du roi* et diminuer le droit » des inférieurs.... et d'entrée se sont efforcés de leur ôter les » aubaines et depuis de limiter la succession des bâtards à de » certains cas. »

Loyseau ne parlait pas autrement : « Les fiscaux, non contents » d'avoir attribué au roi la succession des étrangers, lui ont aussi » fait prendre la succession des bâtards à l'exclusion des hauts » justiciers, *sous prétexte de vieilles pancartes trouvées en la* » *chambre des comptes* (2). »

Ce jurisconsulte habile et prévoyant comprenait bien qu'un pareil prétexte ne pouvait solidement fonder le droit du roi; aussi lui donna-t-il un motif plus large et plus en rapport avec la puissance royale devenue pouvoir central et cause première des lois du royaume. « Pour le regard de l'aubé- » nage, il y a une grande raison de l'attribuer au roi seul;

(1) Voy. le tableau de ces coutumes aux *Dissertations féodales* d'Henrion de Pansey, v° *Batardise.*

(2) *Des seigneuries*, ch. 12, n° 109.

» raison qui n'est aucune de celles rapportées par Bacquet... Les » parents de l'étranger sont empêchés de lui succéder, non par le » droit de nature au degré, ains par la loi particulière du royau- » me... loi qui regarde la police générale de l'État, et, partant, » appartient au roi seul, comme faite pour l'augmentation du » royaume et non pour accroître et avantager les seigneurs parti- » culiers d'icelui (1). » Cette raison n'était pas plus vraie que celle de Bacquet; mais elle était plus conforme au pouvoir de Louis XIV, et au caractère de sa domination.

Enfin, pour la première fois, les domanistes osèrent, dans cette question, rejeter l'autorité des coutumes ; les procureurs du roi, vaincus dans la discussion qu'ils avaient à soutenir pour leur rédaction, se prirent à proclamer que le roi ne pouvait recevoir la loi de ses sujets, et ce principe, hautement et constamment répété, finit par prévaloir. Les seigneurs l'emportaient vainement dans l'établissement des lois municipales, leurs droits cédaient devant les édits fiscaux; ainsi ils furent complètement dépouillés de leurs droits d'aubaine et presque absolument de leurs droits de bâtardise. Déjà Delaurière, combattant Dumoulin par des arguments peu décisifs (2), terminait en disant : « C'est par toutes » ces raisons que le droit d'aubaine est à présent regardé avec » justice comme un droit *purement royal* dont les seigneurs ne » peuvent jouir, même dans les lieux où les coutumes leur pa- » raissent favorables à cet égard, parce que c'est un principe » certain que, dans tout ce qui concerne les droits du roi, c'est » par les ordonnances qu'il en faut juger, et *non par les coutu- » mes qui n'ont été autorisées que pour servir de règles entre » ses sujets*, suivant Loyseau, dans son *Traité des seigneu- » ries*, ch. 4, n° 59. »

Je ne suis entré dans ces détails que pour démontrer d'une part que tous les droits reconnus aux seigneurs justiciers sur le domaine des biens compris dans leur territoire ne l'ont été qu'à raison de la personne des justiciables, par abus ou extension de

(1) Chap. 12, n° 109.
(2) *Introduction aux ordonnances*, p. 16 et 17.



leur pouvoir primitif et non à raison d'un droit de propriété foncière; de l'autre, que tous ces droits ont été successivement confisqués par le domaine royal aussitôt qu'ils ont reçu de la coutume un titre suffisant au profit du haut justicier, observation de laquelle nous conclurons plus tard que, si le domaine ne s'est pas approprié les petites rivières comme les terres sans seigneur, les vacants, les biens d'aubains, de bâtards, et les déshérences, c'est que les justiciers n'avaient pas à ces possessions un droit assez constant ni assez généralement reconnu pour que le fisc pût s'en emparer en leur nom. On verra les efforts des agents royaux à l'égard des rivières, leurs succès à l'égard des grandes, leurs progrès à l'égard des petites. On comprendra clairement alors que les fiscaux d'aujourd'hui ne font que reprendre et continuer la tâche de leurs devanciers, se servant, comme autrefois, des droits supposés aux justiciers sur les cours d'eau, droits inconnus maintenant, qu'il leur est facile de montrer tels que l'exige le besoin de leur thèse. On reconnaîtra qu'en définitive ils ne font que recueillir le fruit du système et des doctrines inscrits aux livres domaniaux, champ fertile où le fisc a de tout temps semé providentiellement pour un avenir qui n'a jamais manqué de devenir présent. Il est des institutions qui survivent à toutes les révolutions; le domaine est de ce nombre; droit du roi, droit du public, privilége de la royauté, intérêt général, c'est tout un; toujours avide et envahissant depuis Hugues Capet jusqu'à nos jours, il n'a cessé de convoiter et d'envahir, pas plus que l'impôt son frère, n'a cessé d'accroître et d'augmenter.

CHAPITRE VIII.

DU DROIT DE JUGER DANS LA JUSTICE ET DANS LE FIEF.

---

§ Ier.

DES AMENDES ET CONFISCATIONS.

SOMMAIRE.

212. Du droit de juger dans la justice justicière.
213. En règle générale, le seigneur ne jugeait que par les hommes de sa justice.
214. Des amendes.
215. Des confiscations.
216. Les confiscations appartiennent au justicier du territoire.
217. Doctrines des feudistes sur la commise et la confiscation.
218. Examen de cette doctrine.
219. De la législation anglaise et des assises de Jérusalem.
220. Du livre des fiefs.
221. Distinction de la commise et de la confiscation.
222. Des amendes comme fruit de justice.
223. Elles n'ont jamais appartenu à celui qui jugeait.

212. « Transporter dans les siècles reculés, dit Montesquieu, » toutes les idées du siècle où l'on vit, c'est, des sources de l'er» reur, celle qui est la plus féconde (1). » Malheureusement cet illustre légiste ne s'est pas toujours préservé de cette erreur. Dans le chapitre même où il rappelle cette règle fondamentale de toute recherche historique, il l'oublie et détermine la signification du cens de la deuxième race par les idées que les jurisconsultes de son temps attachaient au cens, si différent, du contrat féodal. De même, un peu plus loin, il ne considère dans les justices seigneuriales, dont il discute l'origine, que le droit de juger, parce qu'au XVIIIe siècle, le mot justice n'exprimait plus, dans les idées générales, que le pouvoir judiciaire (2).

Cependant on a vu, par ce qui précède, la justice des seigneurs, grande, riche, puissante, appuyée sur de larges bases et composée d'éléments nombreux, variés, frappant les hommes et les choses, sans que la considération de l'autorité judiciaire soit encore entrée dans ses développements.

C'est qu'en effet le droit de juger n'était pas de l'essence primitive et fondamentale des justices seigneuriales. Tous les droits utiles qui s'y rattachent étaient constitués, exercés, tombés dans le domaine privé, formaient une possession patrimoniale et distincte du fief, une institution propre ayant ses règles, son droit et ses principes longtemps avant que le seigneur justicier ait jugé lui-même ou par ses agents.

Si donc on veut interroger la justice seigneuriale dans ses origines et dans sa nature primitive, ce n'est pas comme juridiction qu'il faut l'envisager; on ne saurait la reconnaître au berceau sous ce caractère, car longtemps elle a vécu sans l'avoir; on peut dire même que lorsqu'elle en apparaît revêtue, elle était déjà vieillie et tombait en décadence.

213. C'est en effet un point considérable dans l'histoire des justiciers que, jusqu'aux ordonnances royales qui ont réglementé et dénaturé leur pouvoir, ils n'ont pas régulièrement exercé le droit

(1) *Esprit des lois*, liv. 30, ch. 14.
(2) Liv. 30, chap. 22 et suivants.

de juger ; je pourrais à cet égard assembler les preuves les plus nombreuses et les plus concluantes ; ce travail était préparé lorsque M. F. Hélie a publié son excellente histoire de la procédure criminelle ; l'assertion que je me proposais de démontrer est si clairement établie dans ce savant ouvrage, qu'elle est désormais une vérité acquise à la science ; je n'ai rien de mieux à faire que de transcrire les divers passages qui la constatent, et qui prouvent de nouveau l'origine toute romaine de cette condition de la puissance justicière.

P. 170 : « Nous avons vu que la juridiction criminelle était » exercée à cette époque (au sixième siècle), à Rome et à Con- » stantinople, par un *præfectus urbis*, et dans toutes les provin- » ces par des *rectores ou præsides ;* que les uns et les autres, » plutôt présidents de leurs juridictions que véritables juges, » étaient assistés d'assesseurs qui formaient des tribunaux et ju- » geaient en leur nom et sous leur autorité. »

Sous la race mérovingienne, le même mode est suivi ; mais le principe de l'exclusion des justiciers est plus absolu ; il s'est corroboré des usages germaniques dans lesquels la justice appartient aux citoyens eux-mêmes, aux hommes libres et militaires, sans délégation d'aucune autorité supérieure, seulement dirigés ou assemblés par leurs comtes ou chefs de tribus.

M. F. Hélie résume encore ainsi l'organisation des justices de cette époque :

P. 201. « Telle était donc l'organisation des tribunaux des » comtes. Ces hommes de guerre, chefs militaires de leurs com- » tés, présidaient les juges et ne jugeaient pas, provoquaient » le jugement et n'y prenaient aucune part ; leur action se bor- » nait à ordonner l'instruction, à surveiller la sentence et à la » faire exécuter. Les juges étaient les hommes libres de chaque » canton. Cette distinction du droit de justice et du droit de ju- » ger, de la puissance exécutive et de la puissance judiciaire, » forme la base de toutes les juridictions de cette époque. Nous » la retrouvons dans les tribunaux des vicaires et des centeniers, » dans les justices patrimoniales et dans le tribunal même du » roi. »

Sous Charlemagne, l'institution judiciaire paraît modifiée ; auprès des rachimbourgs et *boni homines*, les hommes libres de la

première race, on voit figurer les scabins; ceux-ci ne sont autres que des juges de même nature et de même droit que les précédents, mais désignés à l'avance pour les éclairer dans leurs décisions ou pour suppléer à leur défaut; car l'obligation de participer aux plaids est une charge onéreuse dont les citoyens cherchent à se libérer. Mais le tribunal composé, soit de *boni homines* mêlés aux scabins, soit de scabins seuls, n'en est pas moins le seul revêtu du pouvoir judiciaire. « Présidés par les » comtes, dit M. F. Hélie, p. 257, ou les *missi*, ils rendaient » seuls les jugements dont ceux-ci ne faisaient qu'assurer l'exé» cution. »

Enfin, depuis le treizième siècle jusqu'à une époque fort avancée du régime coutumier, le même principe exclusif du droit de juger domine le pouvoir justicier. C'est encore ce qu'établit M. F. Hélie.

P. 299 : « Un principe fondamental dominait l'organisation » des justices. En général, les juges des seigneurs dirigeaient » l'action de la justice, mais ne s'immisçaient pas dans les ju» gements; ils présidaient les plaids, ils surveillaient les débats, » ils décidaient même les différents incidents que soulevait l'au» dience, mais s'abstenaient de juger le fond; ce jugement n'ap» partenait qu'aux hommes de la seigneurie, aux pairs de l'accusé.

» Il est nécessaire de bien établir ce principe qui fut pendant » plusieurs siècles l'une des bases des justices féodales. Mais on » ne doit pas, toutefois, perdre de vue que cette organisation, » bien que générale, ne fut pas absolue, car à cette époque au» cune règle n'était absolue, et pendant que les hommes de fief » jugeaient dans la plupart des coutumes, dans quelques-unes » c'était le bailli seul et sans conseils; dans d'autres, le seigneur » pouvait lui-même faire jugement en sa personne.

» Les Établissements de saint Louis déclarent que le juge doit » appeler des jugeurs et des gens souffisans, et leur déférer la » décision du procès. Beaumanoir nous apprend que : « la cou» tume du Beauvoisis est telle que les seigneurs ne jugent pas en » leur cour, mais que ce sont les hommes qui jugent. » Bouteil» ler enseigne également « que il convient que les seigneurs fas» sent juger par d'autres que par eux, c'est à savoir par leurs » hommes féodaux, à leur semonce et conjure. » Toutes les cou-

» tumes qui ont traité des justices, et bien qu'elles n'aient été
» rédigées que postérieurement, s'accordent sur ce point. La cou-
» tume de Saint-Pol portait : « Tous seigneurs ayant justice et
» seigneurie, et qui ont des hommes de fief qui tiennent d'eux,
» à la charge de servir les plaids dudit seigneur, iceux hommes
» doivent faire les jugemens, appointemens et sentences des
» causes et matières criminelles. » La coutume de Clermont :
« Les vassaux doivent, à leurs périls et fortunes, faire les juge-
» mens ès assises, ensemble en tous autres cas tant criminels
» que civils. » La coutume de Ponthieu : « Les hommes liges
» sont contraints, à leurs périls et fortunes et à leurs dépens, de
» consulter les procès soit criminels ou civils, et bailler au
» bailly la sentence ou dictum, au jugement d'iceux hommes
» liges. » La coutume de Senlis : « Les hommes de fief de la-
» dite châtellenie sont assistans et jugeans pour le baillif à
» leurs périls. »

» Il serait inutile de multiplier ces citations. Il en résulte,
» avec évidence, que si le droit de justice appartenait au sei-
» gneur, le pouvoir judiciaire appartenait aux hommes de la
» seigneurie. »

214. Ainsi le justicier, comte, vicaire, ou viguier, sous la législation coutumière comme sous la domination romaine, n'a jamais véritablement rendu la justice ; cependant il participait à son action en faisant exécuter les jugements ; c'était à lui qu'appartenaient le droit et le pouvoir de poursuivre l'exécution des condamnations prononcées par les tribunaux réguliers. Cette exécution consistait presque entièrement dans le paiement des amendes, ainsi que je le dirai tout à l'heure ; en sorte que la part des justiciers dans l'exercice du pouvoir judiciaire était précisément ce qu'est parmi nous celle de l'administration des domaines, chargée du recouvrement des condamnations pécuniaires, et, sous l'empire des codes précédents, de l'exécution des confiscations prononcées. L'analogie est fort remarquable en ce que, dans les deux systèmes, le même pouvoir est confié à deux autorités appartenant également au département de l'impôt.

Toute la législation pénale des deux premières races se résumait en condamnations pécuniaires ; la cause du droit de punir était

la vengeance, par conséquent, la peine, une réparation et rien de plus ; la part de l'offensé consistait en argent, celle de la société, représentée par le fisc, également en une somme déterminée. Celle-ci s'appelait *fredum*.

Dans toute condamnation judiciaire, le juge recevait une portion déterminée : *Judex verò partem suam accipiat de causâ quam judicavit. De tribus solidis tremissem accipiat, de sex solidis duos tremisses accipiat, de novem solidis unum solidum accipiat. De omni compositione semper nonam partem accipiat, dùm rectum judicat* (1).

Les amendes étaient excessivement multipliées sous la législation des deux premières races et, par conséquent, très productives pour les justiciers ; elles ne le furent pas moins sous la législation coutumière. En matière criminelle, chaque crime, chaque délit, chaque contravention, soit à la paix publique, soit aux droits du seigneur, emportait une amende parfois réglée, parfois arbitraire. En matière civile, elles n'étaient pas moins nombreuses ; chaque jugement, ou à peu près, en emportait une, et toutes les coutumes réglaient la compétence par la mesure de l'amende ; les coutumes de Tours et de Loudun consacrent un titre presque entier à régler et taxer les amendes coutumières, qui sont l'amende pour saisie brisée, pour cens non payé, ventes recelées, péage non payé, délais d'exécution, fol appel, délais d'appel, dommages de bêtes, déchéance de complainte, bornes assises sans justice, bornes levées, dénégation de seings, téméraire opposition, champart emporté, etc. Chaque localité avait à cet égard ses règles particulières qui faisaient des produits de cette espèce un revenu plus ou moins considérable pour le seigneur justicier (2).

215. La perception des *freda* faisait partie des attributions du *judex* et l'un des éléments les plus considérables de ses profits ; tous les textes, soit de la première, soit de la seconde race, ne

(1) Lex Bajuv., c. 16 ; Baluz., t. 1, p. 106.

(2) Plusieurs coutumes contiennent des estimations fort curieuses de ce que pouvait valoir un homme justiciable à la justice seigneuriale ; notamment la



les distinguent nullement de toutes les autres redevances et exactions justicières. Évidemment, au contraire, cette portion des justices a, aux yeux des législateurs et des jurisconsultes, absolument le même caractère que toutes les autres. Ainsi, dans les concessions d'immunités, l'exclusion du *judex publicus*, à l'égard des *freda*, est la même qu'à l'égard de toute autre perception tributaire. *Ut nullus judex publicus, quolibet modo judiciariâ accinctus potestate, in curtis ipsius monasterii... nec ad causas audiendum, nec fidejussores tollendum, nec* FREDA *exigendum, nec mansiones faciendum, nec rotaticum infrà urbes vel in mercatis extorquendum, nec ullas paratas aut quaslibet redhibitiones exactare præsumat* (1).

Sous l'empire des règles coutumières, les amendes furent également un droit de justice, confondu avec tous ceux que le justicier percevait à un titre quelconque, tenant de près ou de loin au pouvoir judiciaire ; sous aucun rapport on ne le distinguait, et tout ayant-droit aux fruits de la justice avait droit aux amendes comme aux péages : *Ad gardianos*, dit Pontanus (2), *fructus, reditus et obventiones quæcumque ex jurisdictionibus quæ pupillorum sunt, in universum pertinent ; expressim id tradit Bartholus, inter quos jurisdictionum fructus mulctæ quos emendas vulgus practicorum appellat, et confiscationes continentur. Nam, ut ait Baldus, cui competit jus exigendi, quæ vocant pedagia, seu passagia, eidem et competit jus erogandi pœnas, seu mulctas in quas inciderunt qui illa pedagia defraudârunt.*

Le justicier avait droit aux amendes tant mobilières qu'immo-

coutume de Poitou portait, art. 190 : « Homme couchant et levant en haute, » moyenne et basse juridiction, 7 sols 6 deniers; et s'il n'est qu'en haute juri- » diction, 22 deniers 1 obole, et autant la moyenne ; et s'il est seulement en » basse, 3 sols 9 deniers ; car la basse est prise pour les deux. » Même estimation dans la coutume de Saintonge, art. 133. On peut ainsi comparer les produits de chaque sorte de justice. Voy. la coutume de la Marche, art. 438, où les droits du seigneur sont évalués par feux.

(1) Charte de Childebert, citée par Bignon ; note sur Marculfe ; Baluze, t. 2, p. 878.

(2) Sur Blois, tit. 2, art. 5, § 2, p. 73.

bilières; en d'autres termes, tant aux amendes proprement dites qu'aux confiscations, lesquelles ne sont que des amendes; c'est ce qu'indique déjà Pontanus : *mulctæ quas emendas vulgus appellat et confiscationes*.

L'examen des règles générales des amendes, confiscations et autres produits justiciers de cette nature, compris sous la dénomination coutumière d'*estrayères*, m'offrira l'occasion de présenter deux observations importantes sur la véritable nature des droit de justice qui touchent au pouvoir judiciaire; ces observations auront pour objet de démontrer d'abord le danger auquel on s'expose en demandant l'explication des règles seigneuriales aux législations étrangères au royaume; ensuite combien il est inexact de rattacher ce qu'on appelle les fruits de justice au droit de juger.

216. Sous la domination des empereurs, il avait été fait de la confiscation un abus effroyable; Adrien, Valentinien et Théodose établirent comme règle légale la remise des biens aux enfants du condamné. Justinien abolit entièrement le droit de confiscation, exceptant seulement le cas de lèse-majesté.

Les coutumes ont contenu des dispositions fort variées sur la confiscation, sur ses causes, son étendue, son objet; plusieurs suivirent le droit de Justinien et ne l'admirent que pour crime de lèse-majesté; d'autres en multiplièrent les conditions (1); mais ce fut un principe général et presque sans exception, que le bénéfice de la confiscation, toutes les fois qu'il eut pour effet de dépouiller le coupable et sa famille, profita au seigneur haut justicier du lieu de la situation des biens.

Le grand coutumier résumait ainsi le droit commun : « Item » et semblablement quant aux estroyères et forfaitures, le roi a » les biens estans en sa haute justice, chascun hault justicier en » la sienne, si ce n'est ès cas de crimes de lèse-majesté, et aucuns aultres, esquels cas le roi a lesdits biens, quelque part » qu'ils soient, par la coutume générale de Champaigne (2). »

(1) On peut voir le résumé des diverses dispositions coutumières à l'ancien répertoire, v° *Confiscation*.

(2) Cité par Pithou sur la coutume de Troyes, art. 120.

217. Le principe de la confiscation dévolue au justicier a été rattaché à deux causes également inexactes : d'abord à un droit primitif de propriété appartenant au seigneur justicier ; à cet égard on a confondu la confiscation avec la commise ; c'est une première erreur ; ensuite au droit de juger, en considérant le bénéfice des choses confisquées comme le salaire du jugement ; l'inexactitude de cette considération, résultant de ce que le justicier n'a jamais régulièrement rendu la justice, est déjà manifeste à nos yeux ; elle doit l'être plus amplement encore.

J'ai déjà fait connaître ce qu'était la commise féodale ; c'était la résolution du contrat de fief par suite de l'inéxécution des conditions du contrat. Le vassal manquant à ses obligations féodales, le seigneur reprenait le domaine utile qu'il n'avait aliéné que moyennant des devoirs corrélatifs dont l'affranchissement ou la violation entraînait nécessairement la nullité de la convention. Ainsi le bien faisait retour aux mains du seigneur dominant, sans transmission nouvelle, par l'effet résolutoire naturel à l'inaccomplissement des contrats, et en vertu de son droit primitif de propriété.

Dans la confiscation, il n'en était point ainsi : l'appropriation du justicier était première et nouvelle ; jamais, à aucun titre, il n'avait été propriétaire des biens confisqués ; son titre ne remontait pas au delà de la condamnation ; il puisait sa source dans la loi et dans le délit ; entre le justiciable et lui, il n'y avait aucun contrat inexécuté, aucune promesse violée, aucune convention résolue.

La commise et la confiscation étaient donc deux choses essentiellement différentes dans leurs causes et dans leurs effets.

Cependant, aux yeux des feudistes du dix-huitième siècle, la commise et la confiscation ne sont qu'une même chose, mais il y a deux commises ou deux confiscations.

Ainsi, Henrion de Pansey, dans ses notes sur l'analyse de Dumoulin, p. 520, enseigne qu'il existe deux espèces de commises : l'une pour délits publics, l'autre pour délits envers le seigneur ; suivant ce jurisconsulte, jusqu'au quatorzième siècle, quelque cause qu'eût la commise, on ne distinguait point, et la confiscation profitait au seigneur dominant qui était le roi ; mais, depuis cette époque, la commise pour délit public eut lieu au

profit du seigneur justicier ; celle qui avait pour cause la félonie ou le désaveu, c'est-à-dire le délit envers le seigneur, s'opéra comme auparavant au profit du seigneur féodal, sans qu'on aperçoive ni l'époque précise ni la raison de ce changement et de la distinction qu'il comporte.

218. Il est très vrai que ce fut une règle constante et de droit commun que la distinction dont parle Henrion de Pansey : toute confiscation pour délit public profita au justicier ; toute commise pour félonie ou délit envers le seigneur féodal, de la part de son vassal, profita au seigneur offensé. Ce qui est également vrai, c'est qu'on n'aperçoit pas l'époque où cette règle aurait changé ; mais ce qui ne l'est pas du tout, c'est que jamais il en ait été autrement.

Pour établir l'existence prétendue de cette règle antérieure au XIV[e] siècle, qui aurait confondu la commise et la confiscation, attribuant le tout au seigneur féodal, Henrion de Pansey s'appuie de raisonnements et de documents législatifs.

Mais le savant analiste de Dumoulin raisonne avec Montesquieu dans l'hypothèse contraire à tous les principes du droit seigneurial, qu'originairement et naturellement le fief et la justice ne sont qu'une même institution. Dans ce système, en effet, le seigneur dominant, représentant le roi dans tous les éléments de l'autorité royale, a droit à toutes les confiscations, quel que soit le délit qui les motive. Il est petit souverain, et, comme souverain, les biens du coupable lui appartiennent dans tous les cas. Comment son droit aux biens confisqués aurait-il une double nature, lorsque son pouvoir, dans ses divers éléments, n'en a qu'une seule, qui est le fief, d'où dérivent tous ses droits ?

Ainsi le raisonnement du légiste le conduit à reconnaître une règle directement contraire à celle que les coutumes ont consacrée ; il rejette la règle coutumière parce qu'elle n'est pas en harmonie avec son système. Mais n'est-il pas plus probable que c'est précisément ce système qui n'est pas d'accord avec la vérité ? Si Henrion de Pansey conclut que la confiscation et la commise ne sont qu'une même chose, c'est qu'il a supposé d'abord que le fief et la justice ne sont qu'une même institution ;

si les coutumes ont écrit que la confiscation et la commise sont deux choses différentes, c'est qu'elles avaient écrit la règle Fief et justice n'ont rien de commun. Ainsi, le désaccord des conséquences est une suite du désaccord des principes. Le jurisconsulte ne comprend pas la règle coutumière et la conteste, parce qu'il a méconnu le principe coutumier qui l'a produite.

219. Ces observations sont singulièrement confirmées par la nature même des documents dans lesquels Henrion de Pansey va puiser la justification de l'existence primitive des règles qu'il suppose.

C'est en effet dans la législation des successeurs de Guillaume-le-Conquérant et dans celle des Assises de Jérusalem que ce jurisconsulte trouve écrit ce qu'il prend pour la condition première et inévitable de la commise et de la confiscation, savoir, qu'elles ne sont qu'une même chose, et que, dans tous les cas, elles doivent profiter au seigneur féodal.

Henrion de Pansey se trompe avec beaucoup d'autres en prenant les Assises de Jérusalem et la législation anglaise pour la loi pure et primitive des institutions qui ont régi la France. A la différence du droit coutumier auquel nos provinces ont été soumises, ces législations ont été constituées d'une seule pièce; leur édifice s'est élevé sur un terrain libre ou déblayé des obstacles issus de mœurs préétablies. Le législateur a tout créé, tout constitué, tout organisé et systématisé; l'institution tout entière est son œuvre.

Au contraire, quand le séniorat a pris naissance sur le sol romain, il a trouvé l'institution des justices, forte de cinq siècles d'existence, aux mains des comtes et des évêques, vivement intéressés à la défendre; il a fallu que l'établissement nouveau s'élevât auprès de l'ancien et s'accommodât de son voisinage, sauf à lutter contre lui jusqu'à leur ruine commune. Les auteurs des lois d'Angleterre et de Jérusalem n'ont point eu cet obstacle à la constitution de leur gouvernement; ils n'ont pris dans les institutions de leur patrie que ce qui pouvait convenir aux besoins de leur système; ils ont rejeté ce qui était entrave ou difficulté; ils ont placé dans le fief l'autorité publique et le droit de propriété; la règle Fief et justice n'ont rien de commun ne se re-

trouve pas dans leur législation, parce que la justice, telle que l'entendait le régime coutumier de France, n'était qu'un embarras dans l'organisation féodale, et qu'ils n'étaient pas obligés de l'admettre dans un pays où elle n'existait pas à l'état de nécessité. Pour eux le seigneur dominant fut un souverain ; il eut un fisc et un pouvoir. Dans leur législation, la commise est une confiscation, parce que la félonie est un délit public.

Le territoire français a dû chaque élément de ses institutions à chaque évènement de son histoire ; la domination romaine y a jeté une part immense, celle qui appartenait au gouvernement d'une nation éclairée et dont les œuvres semblent empreintes du cachet de l'éternité ; le reste est dû aux faits qui se sont succédé sur le sol. Les règles ont été générales et uniformes tant que les évènements ont eu ce caractère ; les coutumes sont devenues locales et diverses quand la disparition du pouvoir central a donné à chaque localité son histoire et sa vie privées. Ainsi l'institution des justices est uniforme dans son principe, parce qu'elle a pris naissance sous une législation qui régissait toute la France ; elle est diverse dans son exécution, parce qu'elle s'est développée et a été définitivement réglée quand le territoire était morcelé. Il en est de même du fief ; l'institution du séniorat s'est consolidée dans un temps où toutes les parties du monde féodal ne formaient qu'un vaste empire ; c'est sous Charlemagne qu'elle s'est généralisée et a constitué ses principes ; aussi les bases fondamentales en sont partout les mêmes. Les conditions particulières du contrat de fief sont aussi diverses que les noms et le tarif des droits de justice, parce que ce n'est qu'en présence de la dislocation du dixième siècle que les difficultés de l'exécution se sont compliquées et ont exigé des règles plus précises et plus détaillées. Les unes sont l'œuvre commune des grands seigneurs et du roi de France, le plus puissant de tous ; elles présentent une certaine uniformité : telles sont les règles des parages, des reliefs, des lods et ventes, imposées ou imitées par les chefs de province. Les autres, fruit de conventions particulières, varient de coutume à coutume et presque de fief à fief.

Ce n'est donc qu'avec précaution qu'on doit consulter des législations étrangères pour expliquer ou comprendre les institutions coutumières. C'est le raisonnement et le rapprochement

des éléments connus du régime local qui peuvent seuls faire reconnaitre, dans une disposition ou dans une opinion, une règle générale et abandonnée ou une dérogation aux principes anciennement admis. A plus forte raison doit-on se défier de ces textes épars empruntés aux histoires des pays éloignés, quoiqu'ils aient comme nous subi la domination seigneuriale. Trop de causes ont pu faire varier les principes pour que dans une règle particulière on puisse trouver la preuve d'une maxime de droit commun. Il faut se rappeler qu'à l'égard de certains objets il n'y avait pas et même il ne pouvait pas y avoir de droit commun entre les diverses parties du territoire féodal.

220. Le livre des fiefs, rédigé au douzième siècle par les ordres de Frédéric Barberousse, est un exemple frappant de la vérité de ces réflexions; il n'est pas de législation dont les feudistes aient plus abusé, en y cherchant des règles et des principes applicables au pouvoir du roi de France, supposé, à l'instar de Frédéric, souverain fieffeux de son royaume.

Mais Frédéric avait conquis la Lombardie; il avait soumis à son glaive impérieux tous les seigneurs vaincus et qui ne devaient plus tenir leur pouvoir que de sa clémence et de sa générosité. Par les soins de jurisconsultes habiles et dévoués au pouvoir du conquérant, le système féodal fut complètement refondu et approprié aux volontés despotiques de Barberousse. Une hiérarchie fut constituée rattachant à l'institution féodale la puissance publique, des droits régaliens, et une autorité souveraine, d'où tous les droits, tous les pouvoirs et la propriété même découlaient comme d'une source unique et féconde. Les usages supposés par les rédacteurs furent sans doute ceux du régime féodal, car ce régime seul était possible, mais ils furent nécessairement modifiés par l'intervention d'une autorité centrale qui n'existait pas auparavant; tous les droits qui s'y rapportent et y rattachent les droits inférieurs furent évidemment créés et inventés, ou profondément altérés.

Cette législation a été la source la plus féconde des usurpations de la royauté moderne; elle fut une mine inépuisable d'arguments pour les légistes, généralement peu favorables aux seigneurs quand leur puissance commença de décliner. Les livres des fiefs,

imposés à la foi des peuples à peine d'hérésie par les jurisconsultes milanais, jouirent en France d'une immense faveur; Dumoulin lui-même les invoqua souvent, peut-être précisément à raison de son esprit novateur et des intentions révolutionnaires qu'il apportait dans l'examen du régime des fiefs. Mais nul n'en exploita plus habilement les principes que les feudistes aux gages du domaine royal; à l'aide des règles de Barberousse et des principes de despotisme des empereurs romains, ils travaillèrent constamment à faire du roi de France la source unique de tous les droits et le maître souverain de la personne et des biens de ses sujets. On connaît déjà une partie des envahissements du fisc sur la puissance seigneuriale; on en verra d'autres plus tard. Il est évident que la royauté de Hugues-Capet n'a pu devenir celle de Louis XIV sans beaucoup prendre et beaucoup usurper.

D'Argentré presque seul, au seizième siècle, luttait avec énergie contre cet entraînement, qu'il prévoyait fatal à la liberté; constamment il rappela que les règles coutumières étaient la loi unique et véritable du pays, et l'indépendance locale le principe de nos institutions; que le fief était un contrat et rien de plus; que la justice n'était pas le fief et qu'on dénaturait nos institutions en les confondant. Poursuivant le livre des fiefs de ses sarcasmes, il en renvoie l'étude aux scolastiques italiens, comme des rêveries pour tous autres que des sujets lombards : *Quæ in Germaniâ aut Italiâ naturâ feudorum tribuuntur, alibi sunt alia, quia si usquàm alias in feudis maximè mores variant. Itaque quod apud Zazium legis feudorum tribui et subintelligi etiam non expressa, ne in Britanniam produxeris, nec* QUÆ MEDIOLANI SOMNIABUNT OBERTUS AUT GERARDUS EADEM NOBIS PROBANTUR (1).

Et ailleurs, dans la discussion de la légalité des fiefs en l'air, à Dumoulin, qui soutenait que leur existence ne pouvait être prétendue que dans l'ignorance du livre des fiefs, il oppose d'abord le fait qui existe partout dans les pays coutumiers; quant au livre des fiefs, il ajoute : *Nec habet Molinæus undè imperitiam arguat, quando istius juris ignorantia est Mediolanen-*

(1) Titre des fiefs, *ad rubricam*, n° 2.

sis non magis cuiquam imputandum est quàm nescisse quid in gynæcio Turcæ agatur cum nobis jus sit (1).

221. On verra bientôt que c'est chez les feudistes appartenant à l'école d'Henrion de Pansey, et avec eux dans les lois étrangères et dans le livre des fiefs, que les partisans du domaine, dans la question de propriété des eaux courantes, vont chercher les principes sur lesquels ils appuient leur doctrine. Les théories lombardes doivent être rejetées absolument dans cette matière ; je reviendrai sur ce point. Quant à présent, je dois seulement faire observer qu'en rattachant les principes de la commise et de la confiscation aux règles des assises de Jérusalem et des lois anglaises ou lombardes, les feudistes du dix-huitième siècle rejetaient la maxime Fief et justice n'ont rien de commun, et par suite étaient conduits à des doctrines étrangères à nos institutions ; c'est pourquoi les règles véritables de ces institutions leur paraissaient inconséquentes et contraires aux principes qu'ils supposaient dans le régime des fiefs.

Qu'on admette au contraire la justice et le fief tels que je les ai démontrés, c'est-à-dire distincts et séparés par leur origine et par leur nature, tout s'explique.

---

(1) Art. 329, n° 8. D'Argentré, plus que tout autre légiste, comprit les intentions envahissantes des agents du domaine royal ; il opposa à leurs prétentions une résistance énergique. Contre le principe que le roi est le propriétaire originaire et souverain de tous les biens du royaume, il éleva sa dissertation sur l'indépendance de la Bretagne. Cette liberté courageuse lui coûta la vie. L'histoire dans laquelle le jurisconsulte avait consigné sa démonstration fut supprimée dès sa naissance comme contenant « des faits contre la » dignité de nos rois, du royaume et du nom français. » Le procureur général du parlement de Paris, Jacques de la Guesle, lança ses foudroyants et calomnieux réquisitoires, le parlement ses arrêts, et l'ouvrage de d'Argentré fut condamné et brûlé comme *livre téméraire, pernicieux, attentatoire au repos du royaume.* Banni de Rennes, à la poursuite des agents du domaine, le savant feudiste persécuté mourut de chagrin dans son exil. On peut consulter sur ce point l'intéressante notice de M. Miorcec de Kerdanet, avocat breton, publiée en 1820. On voit par quels moyens les domanistes sont parvenus à faire prévaloir les principes de souveraineté qu'invoque encore aujourd'hui le domaine dans la question de propriété des eaux courantes.

La commise pour félonie envers le seigneur dominant se distingue nécessairement de la confiscation prononcée pour délit public.

La première est la violation des conditions d'un contrat ; le vassal a promis, en échange de son bénéfice, la fidélité, l'obéissance, l'aveu ; en désavouant son seigneur, en abandonnant sa défense, en faisant violence à sa personne, à sa famille, à sa fortune, il cesse de remplir ses obligations ; le contrat est rompu et le seigneur reprend son bien. Tout cela se passe dans le fief et doit être étranger à la justice et par conséquent au justicier.

La confiscation est le châtiment d'un crime ; c'est un bénéfice du fisc, la spoliation légale d'un coupable. Sous la domination romaine, la propriété du condamné, recueillie par le *judex*, était rangée parmi les terres fiscales ; sous les races barbares, la même règle s'applique et le bien est recueilli par le justicier ; sous les temps féodaux, c'est encore le justicier qui profite de la confiscation, comme il profite des amendes qui ne sont pas autre chose.

Ainsi la commise et la confiscation sont deux choses essentiellement différentes, appartenant à deux causes distinctes et de natures diverses ; comme le fief et la justice, elles n'ont rien de commun ; la commise est du fief, la confiscation est de la justice, et la jurisprudence qui constate cette règle est à la fois la conséquence et la confirmation du principe qui la produit.

222. La confusion de la commise avec la confiscation n'était pas la seule erreur où la fausse intelligence des conditions originaires de la justice seigneuriale eût jeté les feudistes. Considérant la justice comme droit de juger, ils étaient naturellement conduits à envisager les produits utiles de toute sorte comme le salaire de cette fonction. Une foule de doctrines sont fondées sur cette hypothèse dont on retrouve la trace jusque dans les lois abolitives de la féodalité.

Cependant rien n'est moins exact que ce caractère attribué aux possessions justicières ; j'ai déjà fait observer que, régulièrement, le justicier n'a jamais rendu la justice, et qu'en conséquence les droits dont il jouissait n'étaient pas corrélatifs à la charge de juger.

Une autre considération mettra cette vérité dans un bien plus grand jour.

Ce n'était pas au justicier dont émanait la condamnation qu'en appartenaient les profits : chaque justicier saisissait les biens des condamnés situés dans sa justice, quelque étranger qu'il fût au jugement.

Ainsi on a vu tout à l'heure ce principe énoncé par le grand coutumier comme une règle de droit commun : « Chacun haut » justicer en la sienne. » La coutume de Vitry, art. 17, énonçait la même règle en termes non moins précis en attribuant au seigneur justicier toute la succession mobilière ou immobilière du condamné : « A savoir, tous les meubles où qu'ils soient » assis et les immeubles assis sous sa haute justice, et le par- » dessus desdits immeubles, appartiennent au seigneur, ou sei- » gneurs, en la justice desquels ils sont assis, chacun en son » regard. »

Cette règle paraît fort étrange aux feudistes qui considèrent les confiscations comme le salaire du jugement, et notamment à Henrion de Pansey, qui fait ainsi connaître les observations des autres jurisconsultes :

« La confiscation est un droit de justice, disent les auteurs; » cependant elle ne suit pas la justice, mais le territoire; en sorte » que celui qui fait le procès, comme le remarque très bien » Loyseau (chap. XII, nº 79), est souvent celui qui prend le » moins en la confiscation, les immeubles condamnés appar- » tenant indistinctement à celui dans la justice duquel ils sont » situés. Cet usage ne présente-t-il pas une espèce d'inconsé- » quence ? En effet, si la confiscation est un fruit de la justice, » pourquoi ne la donne-t-on pas à celui qui la rend ? Si les biens » d'un condamné doivent appartenir à la justice, ce ne peut être » que comme une espèce d'indemnité de compensation des frais » que le procès a occasionnés; c'est donc à celui qui a fait le procès » que les biens doivent appartenir (1). »

223. Ce que les feudistes trouvaient contradictoire n'était ce-

(1) Analyse de Dumoulin, p. 522.

pendant qu'une conséquence fort juste du véritable état des choses ; le justicier dans le plaid duquel le possesseur avait été condamné n'avait pas plus de droit aux biens de celui-ci que tout autre justicier ; c'était au fisc que le bien appartenait, quelle que fût sa situation. Or, il n'y avait qu'un fisc, mais bien plusieurs agents, et chacun d'eux prenait possession des biens confisqués, d'abord pour l'empereur, puis pour le roi, puis pour lui-même, lorsque toutes les appropriations confiées à sa gestion sont tombées dans son domaine privé.

Au surplus, cette règle n'a jamais cessé d'exister et d'être appliquée à toute sorte de justice.

Ainsi les seigneurs justiciers n'ont jamais pris part aux jugements les plus féconds en matière de confiscation, savoir les condamnations pour hérésie ou pour désobéissance aux préceptes de l'Église ; cette matière était de la compétence exclusive des tribunaux ecclésiastiques ; cependant les biens du condamné ont toujours appartenu au seigneur dans la justice duquel ils étaient situés (1).

Réciproquement, les établissements ecclésiastiques ont toujours saisi les biens des condamnés situés dans le teritoire de leur justice, encore que la condamnation à raison de la peine ne fût pas de leur compétence : ainsi les églises n'ont jamais prononcé la mort des coupables, et cependant elles avaient droit à leurs biens lorsque le tribunal du comte l'avait prononcée : c'est ce qu'atteste le capitulaire de 806, dont le chap. 1 est ainsi conçu : *In primis tenendum est ut habeant ecclesiæ earum justitias tàm in vitâ illorum qui habitant in ipsis ecclesiis quàmque in pecuniis et substantiis eorum* (2). C'est encore ce qui résulte d'une charte déjà citée de 978, dans laquelle le roi a concédé aux moines de Saint-Florent tous les droits de justice sur leur do-

(1) Voyez sur ce point Hauteserre, *De ducibus*, cap. 10, pour les temps anciens, et pour les temps modernes Jacquet, *Des justices seigneuriales*, liv. 1, ch. 7.

(2) Baluze, t. 1, p. 497. Il faut voir les interprétations différentes de ce texte que donnent Houard, *Anciennes lois françaises*, t. 2, p. 172, et M. Pardessus, *Observations sur la loi salique*, p. 585 et 594.

maine, à l'exception de l'incendie, du vol, du rapt et de l'homicide; ces méfaits doivent être jugés par le justicier du roi; mais, comme les terres du couvent jouissent de l'immunité, et qu'en conséquence ces officiers ne peuvent pas y pénétrer, les accusés devront leur être remis par le prévôt du monastère: *Quæ si fuerint reperta, à præposito ipsius potestatis, judiciariæ districtioni tradantur, nec hâc occasione vicarii potestatem ingrediantur* (1).

Si le justicier royal ne pouvait pénétrer sur les terres du couvent pour y saisir les coupables, à plus forte raison ne pouvait-il pas y venir prendre les biens du condamné; ainsi, les amendes et les confiscations appartenaient nécessairement au couvent qui ne jugeait pas.

Remarquons que cette condition fut celle de toutes les immunités qui ne jouirent pas de la plénitude de la justice; l'interdiction à tout justicier de pénétrer sur le territoire de l'immune attribua nécessairement et de droit à celui-ci tous les profits réels résultant des condamnations réservées à la justice que le concédant avait retenue.

Ce fut encore le résultat nécessaire de tous les démembrements du droit de justice dont j'ai montré tant d'exemples; il est évident que les droits utiles de la justice n'étaient pas les fruits du pouvoir judiciaire, puisque ces droits étaient aux mains d'une multitude de possesseurs auxquels on ne peut pas supposer le droit de juger; de nombreux actes présentent même expressément séparés le jugement et les amendes ou les bénéfices de l'exécution. Ainsi, dans une charte déjà citée, relatant une concession de justice, les concessionnaires possèdent « la prévôté de » Troyes, les chatex, les fours, les molins, la dixme et la vi- » comté..... et est assavoir *qu'ils n'auront pas la connaissance* » *des juys, mès ils en auront les amendes* et les exploits tex » comme prévost doit avoir (2). »

(1) Brussel, p. 392.

(2) Brussel, p. 604. La connaissance, les amendes et les exploits, c'est-à-dire les saisies et les confiscations, sont trois choses distinctes dans le droit seigneurial, et à chaque instant séparées. Une charte de 1278, citée par Pithou

J'ai déjà fait connaître une donation de l'évêque de Nantes dans laquelle il cède aux moines de Redon son droit de sacrilége dans plusieurs paroisses; or, le sacrilége comprenait l'inceste, l'adultère, l'homicide, le parjure, dont la pénitence ecclésiastique consistait dans une amende pécuniaire perçue au profit du clergé (1).

Telles étaient les idées de l'époque; ce n'est qu'en s'en pénétrant et en les partageant qu'on peut comprendre la véritable nature des institutions passées; car les institutions ne sont que ce que les hommes les font. La théorie qui a fait des amendes et des confiscations un fruit du jugement appartient à des idées bien postérieures aux règles qui paraissent étranges à Henrion de Pansey et à ses contemporains; et telle était la puissance et la force de ces règles, fondées sur le caractère essentiel des justices seigneuriales, qu'elles ont régi des institutions qui leur étaient étrangères. Ainsi, même après que la justice royale, découlant d'un principe bien différent, se fut assise près des tribunaux des seigneurs et eut envahi la plupart de leurs attributions, les confiscations prononcées par les juges royaux restèrent encore aux justiciers seigneuriaux, sauf, en quelques cas et en quelques coutumes, en vertu d'ordonnances expresses et manifestement contraires au droit préexistant (2).

---

sur Troyes, art. 119, porte : *Habebimus perpetuò* JUSTITIAM *et* COGNITIONEM *forefactorum... æqualiter et communiter tàm in* COGNOSCENDO, *quàm in* SENTENTIANDO, EXSEQUENDO *et* JUSTITIANDO.

(1) Travers, *Histoire de Nantes*, p. 205.

(2) Voy., à cet égard, Jacquet, *Des justices seigneuriales*, liv. 1, ch. 7.

§ II.

DES JURIDICTIONS FAMILIÈRES.

SOMMAIRE.

224. Les légistes sont loin d'être d'accord sur le principe du pouvoir judiciaire ; il a été beaucoup écrit, beaucoup disserté et surtout beaucoup hasardé de nos jours sur le droit de punir dont l'existence même a été mise en question ; toutes ces discussions n'ont guère servi qu'à ébranler l'édifice social dont les matériaux essentiels sont des croyances générales et fermes, communiquées et reçues sans examen. Ces croyances varient avec les temps et les évènements ; les institutions qui s'y rattachent varient avec elles, et, suivant les idées admises aux diverses époques, s'appuient sur un système ou sur un autre.

Il est donc contraire à la nature des choses de supposer au droit de juger une cause invariable et absolue.

Dans les institutions qui ont régi la France depuis l'origine de la monarchie, le pouvoir judiciaire a reposé sur deux principes diamétralement opposés : l'un considérant la justice comme un droit personnel représenté par les guerres privées, le duel judiciaire et la féodalité ; l'autre faisant, au contraire, du droit de

juger un attribut de la puissance publique et formulé dans la maxime : Nul ne peut se rendre justice à soi-même, ou Toute justice émane du roi.

Il faut distinguer avec soin ces deux systèmes, leurs époques et leurs résultats.

Le premier est contemporain des justices seigneuriales, de leur formation et de leur existence libre et primitive ; le second s'est constitué sous la monarchie de la troisième race et avec elle ; c'est à lui que se rattachent les justices royales.

Ce fut l'erreur des feudistes de discuter l'origine de la justice seigneuriale dans les conditions de la justice royale, et de vouloir absolument introduire dans la première le principe de la seconde.

Il est peu de légistes historiens qui, de nos jours, n'aient touché la matière des justices seigneuriales que les uns appellent justices patrimoniales et que les autres opposent aux justices patrimoniales (1); généralement, à l'exemple de Montesquieu, ces écrivains, auxquels la science de l'histoire doit d'immenses lumières et de remarquables progrès, n'ont considéré dans le pouvoir justicier que le droit de rendre la justice ; ils n'ont pas tenu compte des éléments utiles de ce pouvoir ou ne les ont aperçus que comme les accessoires et le salaire de l'action judiciaire. Mais généralement aussi ils ont, mieux que leurs devanciers, compris que la justice seigneuriale, au moins jusqu'au XIIIe siècle, et par conséquent dans sa vie primitive, ne pouvait pas être une dérivation de la royauté, ni en avoir la nature et le caractère. Ils ont cherché ailleurs la source de cette institution et l'ont demandée aux conditions du droit privé.

Les uns l'ont fait découler de la famille, les autres de la propriété, d'autres de l'association séniorale, tous ou presque tous des usages et des idées germaniques.

Je démontrerai tout à l'heure que la question des eaux courantes n'a pas besoin d'une solution à l'égard de la véritable nature du droit de juger, reconnu ou supposé dans le pouvoir du

(1) Il faut voir l'exposé très bien fait des doctrines diverses que contient l'histoire de l'instruction criminelle de M. Hélie.

seigneur justicier. Cependant il paraîtrait étrange d'avoir traité des justices seigneuriales sans avoir examiné le caractère du droit de juger. J'entrerai donc à mon tour dans cet examen; je ferai connaître ce que je crois vrai et ce que, d'ailleurs, les notions exposées dans ce qui précède conduisent facilement à constater.

225. Le principe que chacun a le droit de se faire justice à soi-même ressort de toutes les institutions germaniques. Dans la législation qui les régit, la pénalité n'a pas pour objet l'intimidation des méchants ou leur amélioration, le maintien de l'ordre public et de la paix sociale; on n'y peut voir que l'appréciation du dommage causé, l'estimation du mal commis, l'évaluation du droit de vengeance acquis à l'offensé.

Mais ce droit personnel ne s'exerce pas individuellement; ce n'est qu'à l'abri d'un pouvoir central et puissamment dominateur que l'homme seul, isolé, peut être et compter pour quelque chose. Hors d'une société ainsi organisée, il ne vaut qu'à raison de son entourage; il ne saurait exister indépendant; il n'a de puissance et de valeur que dans la puissance et la valeur de ceux auxquels il est réuni; en un mot, dans l'état barbare, l'individu ne peut vivre et n'a pas de droit, parce que toute vie, tout droit repose sur la force et que l'individu n'en a point.

C'est pourquoi l'enfance et la désorganisation des États nous montrent les populations divisées ou agglomérées par familles, par bandes, par tribus, et se formant par corporations, associations, clans, ghildes ou séniorats. C'est alors par confédération que s'exerce le droit de se faire justice à soi-même; c'est la confédération qu'on offense en blessant un de ses membres; c'est elle qui poursuit la vengeance et c'est elle qui reçoit la réparation; le châtiment du coupable est pour elle un devoir, et la famille qui laisse impuni le meurtre d'un des siens est frappée d'indignité dans l'opinion de tous.

Par la même raison nul autre qu'elle n'a droit d'intervenir aux querelles qui s'élèvent dans son sein. L'individu qu'elle renferme n'a pas de voix pour réclamer la justice commune; il ne peut l'attendre que de ceux qui sont engagés dans la même personnalité, ou de son chef, ou de ses égaux.

Tel fut le caractère de toutes les juridictions appartenant à

l'organisation des peuplades barbares, caractère qui domina toutes les institutions dont l'origine ne fut pas purement romaine. Ainsi la famille germanique, les arhimannies, les marches, les communes, les associations féodales, et plus tard les corporations, jurandes, universités, eurent toutes droit a la justice commune, *ut universi*; quant à leurs membres, *ut singuli*, ils furent entre eux justiciables de la juridiction privée de leur association.

Il n'en était pas ainsi des institutions romaines; la justice était de droit public; elle était réclamée par l'individu et poursuivie contre lui; l'offensé s'adressait directement à l'offenseur; le magistrat saisissait les malfaiteurs et les traduisait au tribunal sans préalable et sans intermédiaire; il y avait plusieurs compétences, plusieurs districts territoriaux, plusieurs classes de juges, mais une seule justice, la justice sociale, imposée à tous, nécessaire et inévitable pour tous.

226. L'établissement des peuples germains mit en présence deux civilisations, deux systèmes d'organisation, et par conséquent deux justices fondées sur des principes différents. L'une et l'autre se modifièrent réciproquement par leur contact, mais elles ne périrent point et persistèrent dans leur nature originaire.

La juridiction romaine demeura, comme tous les éléments du droit romain, dans la main du comte et sous son administration. La justice y conserva de son institution primitive le caractère de droit légal, commun à tous, individuel et nécessaire. Tout citoyen put le réclamer directement, personnellement et de son droit privé; il dut également le subir sans pouvoir s'y soustraire.

Le principe germain la pénétra néanmoins profondément en ce que le jugement n'émana pas de l'officier chargé de son exercice; les justiciables se rendirent à eux-mêmes la justice dont ils avaient besoin par l'organe et l'intermédiaire de leurs concitoyens; le *judex* n'en eut que l'exécution et la surveillance (n° 213).

La justice germaine se développa et s'étendit à mesure que les confédérations particulières se multiplièrent et se séparèrent plus énergiquement du pouvoir central. Elle se maintint avec son caractère distinctif de droit conventionnel, et en cela elle différa radicalement de la justice du comte. Le justiciable n'y

eut droit et n'y fut soumis qu'en sa qualité de membre de la confédération, et cette qualité purement contractuelle imprima sa nature à tous ses effets. En d'autres termes, nul ne fut justiciable d'une juridiction familière que parce qu'il faisait partie de la famille, et son association à la famille, libre et volontaire, ne résultait que de son consentement.

La justice du comte, au contraire, appartenait et s'appliquait au justiciable à raison de son domicile et de sa condition personnelle. Quiconque demeurait dans le district d'une cité, d'un *pagus* ou d'une *villa* était soumis et avait droit à la juridiction du comte et du vicaire. Cette attribution dérivait de sa qualité de citoyen et ne se rattachait à aucun contrat.

227. De toutes les associations qui divisèrent la population sous les deux premières races, la plus considérable fut le séniorat ; elle engendra le fief et la féodalité. Le séniorat eut donc sa justice applicable à tous ses membres, c'est-à-dire à tous les vassaux d'un même seigneur.

Cette justice fut rendue par les vassaux eux-mêmes, nommés dans le langage de l'époque *pares* ou *pairs*, peut-être à cause de l'égalité qui régnait entre eux dans les conditions de l'association.

Mais cette condition du séniorat ne lui fut pas particulière ; elle se retrouva, comme je l'ai déjà dit, dans toutes les confédérations ayant une existence propre et une personnalité morale et reconnue.

Ainsi l'immunité eut sa juridiction : autour de l'immune puissant se forma une confédération qui ne fut pas peut-être précisément le séniorat, quoiqu'elle en paraisse porter les caractères sous de nombreux rapports. L'immune eut des hommes attachés à lui, *sub mundeburdio*, comme le *senior* dont il porte même parfois le nom : ces hommes avaient droit et étaient soumis à une justice familière qui était celle de l'immunité.

Mais toutes les immunités n'étaient pas constituées en confédération ; cette condition du moins ne se manifesta pas dans toutes ; elle ne comprit pas même tous les habitants des terres enclavées dans le territoire de l'immune ; ainsi le polyptique d'Irminon distingue parmi les colons qu'il indique ceux qui

sont hommes de Saint-Germain, *homines Sancti Germani*, de ceux qui ne le sont pas.

D'un autre côté, l'immune concessionnaire des droit du comte exerça deux justices : l'une dérivaut de la confédération qu'il avait établie sur l'immunité, l'autre qu'il tenait de la concession royale ; chacune ayant son caractère, sa compétence et ses justiciables propres et particuliers.

Une troisième justice se manifeste dans les établissements ecclésiastiques. Le clergé forma de bonne heure une corporation distincte du reste de la population ; sous la domination romaine, il avait déjà une existence légale et des droits particuliers, comme toutes les confédérations de l'époque ; il eut donc sa juridiction à laquelle furent soumis tous les membres de l'association ecclésiastique (1). C'est cette juridiction qui se développa plus tard sous le nom de *cour de chrétienté* et causa de si grands troubles par ses empiètements sur la justice publique du comte, sur celle des fiefs, et généralement sur toutes les juridictions privées.

228. Lorsque l'institution des communes se constitua, elle eut également sa justice familière. Le fief et l'Église ne furent pas, au moyen âge, les seules confédérations dont l'objet fût de suppléer au défaut d'institution publique capable de protéger l'existence des individus. La même cause agissait partout où manquait aux populations le secours de ces institutions ; mais si elle produisit partout des établissements analogues, ces établissements ne furent pas identiques dans leurs formes.

Dans les villes, les populations purent elles-mêmes s'organiser pour la défense, sans avoir recours aux dangereux protecteurs sous lesquels dut se placer l'habitant des campagnes ; les communes furent la féodalité des cités. Si cette institution parut plus

(1) Cap. 615 : *Ut nullus judicum de quolibet ordine clericos de civilibus causis, præter criminalia negotia, per se distringere aut damnare præsumat.* Baluz., 1-22, 4.

Cap. , lib. 6, c. 390 : *Clerici non secularibus judicibus, sed episcopali audientiæ reserventur.* Baluz., 1-998.

V. aussi la loi 47 du Code de Théodose, *De episcop. et cleric.*

tard et fut d'abord moins générale, c'est que les évêques et les municipalités y exercèrent longtemps encore une protection efficace ; mais les communes prirent naissance aussitôt que cette protection s'évanouit ou devint oppressive. Elles eurent une autre forme, parce que l'agglomération des individus, la facilité de se réunir et de concourir à la défense, permirent une constitution républicaine, que ne comporte pas la population disséminée des campagnes. Mais, à ces circonstances près, on trouve dans les deux institutions les mêmes pouvoirs, les mêmes règles, les mêmes éléments, et au fond le même caractère essentiel, l'association.

On y trouve également la justice avec la même condition et le même mode d'exercice. En effet, toute reconnaissance de commune contient mention et reconnaissance de sa justice sur son territoire, sans atteinte néanmoins des justices de même nature, par exemple des justices féodales, existant sur des terres enclavées. La charte du roi Philippe-Auguste de l'an 1207, confirmative de la commune que le roi Richard avait accordée aux bourgeois de Rouen, contient cette observation :

Concedimus et quod ipsi habeant communiam et banleucam (1) *ad metas quas Ricardus quondàm rex Angliæ eis concessit, et justitiam suam infra metas, salvo tamen jure dominorum qui ibi terras habuerint. Habeant etiam placita de hæreditate et catellis suis, et conventionibus factis Rothomagi et infra banleucam; salvis curiis dominorum qui ibi terras habuerint, qui domini habent curiam hominum suorum.*

229. Toutes ces justices familières existaient en présence de la justice du comte, laquelle appartenait à tous les hommes qui n'étaient engagés dans les liens d'aucune association privée. Celui qui n'était ni vassal d'un seigneur, ni l'homme d'un immune, ni moine ou clerc, ni membre d'une commune, restait soumis à la puissance publique du comte ou du vicaire; il était

(1) La banlieue, territoire de la justice, comprenant une lieue environ autour de la ville, *banni leuca*, la lieue de justice; voy. Ducange et Brussel, p. 707.

homo de potestate sous le rapport de la juridiction, comme on l'a vu plus haut (n° 130) sous le rapport de la domination et des droits de justice dans le sens général de ce mot.

Lors donc qu'un crime avait été commis, qu'un tort ou un dommage demandait réparation, en un mot toutes les fois qu'il y avait lieu à un procès, le demandeur ou le plaignant devait agir suivant la condition, *secundum legem*, du défendeur ou de l'accusé. Si celui-ci était homme de pooste, il le traduisait directement devant le plaid du comte; s'il était vassal, il s'adressait à son seigneur; s'il était clerc, il s'adressait à la justice ecclésiastique; s'il était membre d'une commune, il s'adressait à la commune; à défaut de justice de la part des juridictions familières, il revenait à celle du comte, qui dominait toutes les autres.

Cette marche ressort assez visiblement des documents du moyen âge, à l'égard des particuliers demandeurs, mais elle est incontestable et manifeste toutes les fois que le poursuivant représente une personne publique ou morale. Il serait facile d'en donner de nombreux exemples : j'en indiquerai deux, fort clairs et très suffisants. L'un appartient à la seconde race; l'autre consiste dans une des chartes les plus célèbres de la troisième.

Un diplôme de 796 porte ce qui suit : « Ut nullus judex aut » comes, prædictæ ecclesiæ ministros vel advocatos, in mallo » publico accusare præsumet, sed priùs conveniat ministros re» rum et judices villarum atque hominum à quibus læsus est, » ut ab eis familiarem et justam accipiat justitiam,... et si ab » episcopo neque à suis ministris suam justitiam accipere nequi» verit, postmodùm licentiam habeat ut in mallo publico suas » querelas justè atque legaliter quærat... (1). »

Ainsi, tout comte ou justicier ayant une action, soit en son

(1) *Script. rer. gall.*, t. 5, p. 756; voy. M. Hélie, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 276. Trad. : « Qu'aucun comte ou justicier n'accuse directe» ment à l'assemblée publique les ministres ou les avoués de ladite Église, » mais qu'il s'adresse d'abord à l'intendant des choses et aux justiciers des vil» lages et des hommes dont il croit avoir à se plaindre, afin qu'il reçoive d'eux » une réparation juste et familière; mais s'il ne peut obtenir justice de l'évêque » ou de ses ministres, qu'il lui soit libre alors de porter sa plainte au tribunal » public, pour y obtenir un jugement conforme à la loi. »

nom, soit sur la demande d'un particulier, à exercer contre un membre de l'immunité, doit préjudiciellement s'adresser aux ministres de ladite immunité et les sommer de faire droit à son action au moyen de leur juridiction familière : *ut ab eis familiarem accipiat justitiam.* S'il n'obtient point ainsi la justice qu'il requiert, il peut alors traduire l'accusé ou le défendeur directement devant son plaid, *in mallo publico.*

Ici le caractère et la condition de chacune des justices sont très nettement déterminés ; ces circonstances sont peut-être encore plus manifestes dans la charte de la commune de Laon, renouvelée et confirmée par Louis-le-Gros en 1128. L'occasion de cette charte a été exposée par M. Thierry dans ses Lettres sur l'histoire de France ; ce savant historien nous apprend qu'elle contient les conditions arrêtées entre les habitants de la ville de Laon, constituée en commune, et l'évêque de cette ville, revêtu de l'autorité de comte.

L'article 2 porte que toute personne, de quelque qualité qu'elle soit, clerc, chevalier, marchand, citoyen ou étranger, ayant droit à une action en réparation d'un tort causé, devra l'exercer comme suit : si le défendeur est de la commune, il sera traduit devant le maire et les jurés, tribunal de la commune ; s'il est possesseur de terres féodales, l'action sera portée devant le seigneur dont il est vassal ; si ses possessions sont allodiales, la demande sera formée devant l'évêque ; il en sera de même s'il est étranger à la cité ; enfin, si le seigneur et l'évêque refusent justice, le maire et les jurés de la commune la feront en dévastant ses propriétés ou en atteignant sa personne, comme ils le pourront.

Ici l'action de la justice et ses diverses espèces sont très nettement exposées. Le demandeur faisant partie d'une association doit s'adresser à la justice familière de cette association dont le défendeur fait également partie ; si celui-ci est membre d'une autre confédération, le maire et les jurés, prenant en main la cause du demandeur, doivent poursuivre l'accusé devant le chef de la confédération à laquelle il appartient ; s'il n'appartient à aucune, c'est au comte que la demande est soumise, car le plaid du comte est toujours la justice publique, *mallum publicum.*

« Quòd si aliquis quoquomodo alicui clerico, militi, mercatori,
» indigene vel extraneo, aliquam injuriam fecerit, infra quartum

» diem submouitus, ante majorem et juratos, ad justitiam ve-
» niat..... Si autem infra ambitum civitatis possessiones domo-
» rum aut vinearum habuerit, à domino sive à dominis, si plures
» fuerint, in quorum districto possessiones ejus sunt, vel si in
» allodio fueriut, ab episcopo, major et jurati de malefactore illo
» justitiam requirant; et si à dominis vel episcopo submonitus,
» infra quindecim dies culpam suam emendare noluerit, nec vel
» per episcopum, vel per dominum in cujus districto possessio-
» nes ejus sunt, de eo justicia haberi potuerit, liceat juratis om-
» nem malefactoris illius substantiam destruere. Quòd si male-
» factor de civitate non fuerit, re ad episcopum perlatâ, si per
» ejus admonitionem infrà quintum decimum diem forisfactum
» non emendaverit, liceat majori et juratis prout potuerint de eo
» vindictam quærere (1). »

230. Il est évident que le diplôme de 796 et la charte de 1128 contiennent l'expression des mêmes conditions de la justice, et qu'ils metteut également en rapport et en présence la juridiction publique et la juridiction privée, familière ou contractuelle.

Mais remarquez cette disposition singulière qui termine l'article sustranscrit de la charte de Laon : *Si malefactor de civitate non fuerit.... liceat majori et juratis prout potuerint de eo vindictam quærere.* C'est un droit ou une ressource que nous n'avons point encore rencontrée et qu'il faut expliquer.

---

(1) Collect. du Louvre, t. 11, p. 185. Trad. : « Si quelqu'un a fait une » injure à un autre, clerc, militaire, marchand, habitant ou étranger, après » l'avoir ajourné au quatrième jour, qu'il vienne en justice devant le maire et » les jurés ; mais s'il a des possessions en maison ou en terre hors de l'enclave » de la cité, que le maire et les jurés demandent justice de son méfait au sei- » gneur, ou aux seigneurs s'ils sont plusieurs, dans le district desquels sont ses » possessions, ou, s'ils sont en alleu, à l'évêque. Et si, après qu'il a été averti » par les seigneurs ou par l'évêque, il refuse réparation et qu'on ne puisse avoir » justice de lui par l'évêque ou par le seigneur dont il tient ses possessions, » qu'il soit permis aux jurés de se venger sur tout ce qui peut appartenir au » malfaiteur. Si ledit malfaiteur n'est pas de la ville, et que, sur la plainte por- » tée à l'évêque et après l'avertissement de celui-ci, il n'ait pas fait réparation » dans la quinzaine, que les maires et les jurés en tirent vengeance comme » ils le pourront. »

Tant qu'un pouvoir général domina tous les citoyens, le droit de justice ne s'exerça que par l'intermédiaire ou sous la surveillance et la direction de l'autorité publique; mais lorsque les institutions privées ne furent plus rattachées l'une à l'autre par un lien commun, et que la juridiction du justicier fut tombée dans le domaine particulier comme tous les éléments de la puissance justicière, les justices ne s'exercèrent plus que par districts; entre deux habitants de deux justices différentes il n'y eut point de juridiction commune.

Il en résulta que lorsqu'un procès s'éleva entre deux habitants de justices differentes, la force seule pouvait le vider; à cet effet, le demandeur homme de pooste s'adressait à son justicier qui devait obtenir pour lui justice *per admonitionem*, à défaut de pouvoir régulier sur le défendeur. Le demandeur homme de fief s'adressait également à son seigneur; homme d'église, il s'adressait à l'évêque; homme de commune, il s'adressait à son maire; ceux-ci devaient agir pour lui, comme on l'a vu, par réquisition, *ut requirant*, ou par force à défaut de justice, *per vim*: c'est ce qu'explique le texte; si le défendeur est étranger à la commune et que les voies régulières soient inefficaces, les maires et les jurés, représentants du demandeur, s'emparent violemment des biens ou de la personne du défendeur : *Liceat juratis substantiam malefactoris destruere.... prout potuerint de eo vindictam quærere.*

Cette condition du supérieur au subordonné, c'est la garde, la défense, *tuitio*, *custodia;* du chef de l'association aux tiers, c'est le droit de guerre. Le seigneur devait l'une et l'autre à son vassal; la commune, à tous ses membres; l'évêque, à ses clercs; mais le justicier ne les devait pas à ses hommes de pooste. A proprement parler, il ne leur devait rien; tous ses droits sur eux leur étaient imposés, c'était à titre d'oppression et non d'accord ou de consentement qu'il les exerçait.

J'ai déjà dit que l'individu ne pouvait pas se faire justice personnellement (nº 225): en fait, parce qu'il était trop faible; en droit, parce qu'il n'existait de personne civile que par confédération: Il était donc privé de toute protection légitime et du droit de guerre; c'est pourquoi l'on a vu, dans les actes relatifs à la Guyenne (nº 172), les hommes libres, indépendants et iso-

lés, acheter la protection d'un seigneur et l'obligation pour lui de faire la guerre pour eux; c'est pourquoi, dans les règles coutumières, le droit de guerre privée n'appartient pas au vilain : « Guerre par notre coutume, dit Beaumanoir, cap. 59, n° 5, ne » peut quier entre gens de poeste, ne entre borgois. » C'est pourquoi l'homme de pooste menacé requérait de son justicier l'assurement, c'est-à-dire, la défense, en la payant au prix réglé suivant la coutume; c'est pourquoi enfin le droit de guerre privée, d'invasion et de poursuite violente est expressément reconnu, dans le texte sustranscrit, à la ville de Laon, que l'établissement de la commune a soustraite à la puissance justicière de l'évêque, et constituée en personne morale ayant une existence propre et l'exercice de droits civils.

C'en est assez pour faire comprendre les caractères respectifs de la justice justicière et de la justice féodale, dont je vais actuellement faire le parallèle pour en sonder plus profondément les bases et les conditions.

---

§ III.

DE LA JURIDICTION JUSTICIÈRE ET DE LA JURIDICTION FÉODALE.

SOMMAIRE.

231. De la justice domestique.
232. La justice féodale n'est pas une conséquence du droit de propriété.
233. Distinction de la juridiction féodale et de la juridiction justicière.
234. Suite.
235. Des pairs.
236. Du jugement par pairs.
237. Du jugement par loi vilaine.
238. De la justice justicière.
239. Parallèle de la justice justicière et de la justice féodale.
240. Opinion de Montesquieu combattue.

231. Le fief, constituant une association organisée et légalement reconnue, dut avoir sa juridiction comme toutes les confédérations; de nombreux documents en constatent l'existence. Un capitulaire de 869 porte ce qui suit : *Volumus atque jubemus ut vassali episcoporum, abbatum et abbatissarum atque comitum et vassorum nostrorum, talem* LEGEM ET JUSTITIAM APUD SENIORES SUOS HABEANT, *sicut eorum antecessores apud illorum seniores tempore antecessorum habuerunt* (1).

Les chroniques de Frédégaire, 58 : *Tantâ in universis leudibus suis tàm sublimibus quàm pauperibus judicabat justitiâ.*

Cette juridiction du seigneur chef du séniorat fut évidemment la même que celle du seigneur chef de fief; j'ai démontré, et d'ailleurs personne aujourd'hui ne le conteste, que le fief fut la continuation du séniorat, sous une forme plus concentrée et avec un but de guerre et de défense plus déterminé.

La justice féodale fut la justice familière du fief, et dut l'existence au principe général qui attribuait à toutes les confédérations le pouvoir judiciaire sur leurs membres.

De savants publicistes ont confondu la justice familière, que je viens de montrer dans toutes les institutions fédératives, avec la puissance paternelle ou dominicale exercée par le père de famille sur sa femme, ses enfants, ses domestiques, ou par le maître sur ses esclaves, fermiers ou colons. Il existe bien entre elles quelque analogie; mais la différence radicale est très grande.

La juridiction féodale est une véritable juridiction; elle comporte des juges, une loi, des droits respectifs, des débats, des plaideurs, un jugement; la justice du père de famille ne contient rien de semblable. C'est une autorité, une puissance qui n'a rien de public, de réciproque ou de contractuel; celui qui l'exerce n'a reçu tacitement ou expressément aucune délégation d'un pouvoir supérieur, ou de celui qui la subit. Ce dernier n'exerce pas un droit ou une poursuite; il n'est et il ne peut être que passif. Si un châtiment est infligé sur sa plainte, ce n'est ni à cause de lui, ni à cause de son droit, mais parce qu'il a révélé un fait que le père de famille réprime ou corrige, mais auquel

(1) Baluze, t. 2, p. 215.

il peut, s'il lui convient, refuser toute suite ou toute correction.

Les Germains possédaient cette puissance à un haut degré; l'autorité publique n'intervenait jamais entre le père de famille et ceux qui se trouvaient soumis à son droit; déjà Tacite avait constaté cet usage : *Suam quisque sedem, suos penates regit* (1).

Le pouvoir du père ou du maître consistait principalement à infliger des coups; c'est avec ce caractère qu'il se manifeste dans tous les documents historiques ou législatifs : *Verberare servum*, dit Tacite. C'est dans le droit de battre sa femme que consistait l'autorité conjugale : « En plusieurs cas, dit Beaumanoir, puent li hommes estre excusés de gises que ils font à leurs fames; ne s'en doit la justice entremettre, car il loist bien à l'homme à battre sa fame, sans mort et sans messang. » Les habitants de la petite ville de Frié, en Languedoc, firent du droit de battre leurs femmes une condition de leur soumission à Charles-le-Bel, ce qui leur fut accordé par l'ordonnance du 7 septembre 1325. Ce fut le droit de battre leurs domestiques que les hommes coutumiers consacraient expressément dans les coutumes qu'il stipulaient de leurs justiciers. Une charte de 1137, octroyée par Louis VII, porte, art. 6 : « En après establissons que se aucun des borjois, son sergent de sa meson ou de sa table, qui il loerra, ferra ou le battra, que il n'en face amande à notre prévost (2). »

C'était à cette autorité que se rattachait le droit prétendu par les gentilshommes de frapper leurs gens et dont j'ai parlé plus haut (n° 138). Mais dans cette puissance brutale il n'y a rien qui tienne à la justice, ainsi que le fait justement observer d'Argentré ; c'est un pouvoir économique : *Potestas œconomica... ad jurisdictionem aut publici juris potestatem nil attinuit* (3).

La correction paternelle ou dominicale ne fut jamais un acte judiciaire; ce n'est pas comme juge que, dans les pays d'esclaves, un maître inflige un châtiment à celui qui a prévariqué soit à

(1) German., 7.
(2) Ord. du Louvre, t. 11, p. 188.
(3) Sur l'art. 50 de l'ancienne coutume de Bretagne.

son égard, soit vis-à-vis de ses égaux. La justice féodale n'existait donc pas dans le même ordre de choses et d'idées que la justice économique ou domestique, et l'on ne peut, sans s'écarter des lois de la logique, supposer que l'une a dérivé de l'autre. Au surplus, les documents qui les révèlent ne les présentent point comme une même chose ; le pouvoir domestique est réclamé et exercé par des hommes qui n'ont aucune puissance féodale ni d'association ; c'étaient les simples vilains qui stipulaient la conservation du droit de battre leurs femmes ; c'était, dans la charte précitée, le simple borjois qui pouvait impunément frapper son sergent de sa meson ou de sa table. La justice féodale et la justice domestique existaient simultanément même dans une seule main, et ne se mêlaient point (1).

232. Ce serait également une erreur de supposer, avec d'autres légistes, que la justice féodale était une dérivation de la propriété, et un pouvoir inhérent à ce droit.

Sans doute la justice féodale avait une relation fort grande avec la propriété, puisque le seigneur était propriétaire et que le domaine direct, constituant son droit, était la propriété ; mais dans le fief, si la propriété était essentielle, elle n'était pas cependant le fief lui-même ; elle n'en était que le moyen. Tous les propriétaires n'étaient pas seigneurs féodaux ; tous les possesseurs inférieurs n'étaient pas des vassaux ; en un mot, le fief n'embrassait pas toutes les possessions territoriales.

Ainsi le possesseur d'un alleu était un véritable propriétaire, non moins absolu que le seigneur jouissant du domaine direct ; cependant il n'avait aucune justice en sa terre tant qu'il ne l'a-

---

(1) Pontanus, dans son commentaire de la coutume de Blois, t. 1, p. 38, donne un résumé fort curieux des doctrines relatives au droit de correction du mari sur sa femme, sur sa nature et sur son étendue. Balde, Barthole, Accurse, Immola, Lucas de Pennâ et les jurisconsultes théologiens se sont occupés de cette matière et l'ont traitée très au long. On peut s'assurer, par l'étude de leurs principes, que cette juridiction de famille était complètement étrangère, dans ses éléments et dans ses conditions, à la justice féodale. Voy., au surplus, Dumoulin, sur la coutume de Paris, tit. 1, § 3, gl. 3, nos 7 et suivants.

vait pas constituée en seigneurie, c'est-à-dire tant qu'il ne l'avait pas concédée, soit en fief, soit en censive. Alors il acquérait la justice féodale sur les fendataires et censitaires, mais sur ceux-là seulement. Toute concession étrangère au lien féodal n'engendrait pas la justice à son profit : il n'en avait aucune sur ses fermiers, emphytéotes, ou tous autres possesseurs à titre précaire, jouissant en vertu de cette multitude de conventions ayant caractère de bail, encore qu'elles comportassent la perpétuité.

La même règle était suivie à l'égard de concessions faites par un seigneur féodal ; tout ce qu'il donnait à titre de louage n'engendrait à son profit aucune justice. La coutume de Bretagne contenait sur ce point une disposition fort remarquable ; l'article 43 portait expressément que « le seigneur n'a aucune justice » sur son métaïer... s'il n'a autre seigneurie et juridiction, » c'est-à-dire s'il n'est son seigneur féodal à raison de quelque autre concession en fief, ou son seigneur justicier ayant justice justicière sur la terre où le métaïer est couchant et levant. Le chap. 184 de la très ancienne coutume, à laquelle l'art. 43 de la nouvelle était emprunté, était encore plus explicite sur ce point en disant : « Et pour ce ne devrait-il pas être justicé par celui » seigneur, *s'il n'était prince de la terre, qui eût justicement* » *sur tous ceux du pays* tout généralement. »

Enfin ce qui achève de démontrer que la justice féodale n'était pas une conséquence de la propriété, mais bien du contrat de fief, c'est que le seigneur ne l'avait pas dans son domaine, c'est-à-dire dans les terres dont il s'était réservé la jouissance immédiate ; c'est en ce sens qu'il faut entendre ce que dit d'Argentré dans son Aïtiologie : *Nec enim dominus potest jurisdictionem exercere super domanio suo.*

233. Examinons maintenant le système qui, confondant la justice justicière et la justice féodale, fait dériver la première de la seconde et lui suppose la même origine et la même nature.

Les seigneurs féodaux n'ont jamais confondu la justice qu'ils exerçaient comme justiciers et la justice féodale qui leur appartenait à raison de leurs fiefs ; la première n'était pour eux qu'une cause de profits, à raison des amendes, et, dans leurs discussions

avec la juridiction envahissante du clergé, ils en ont souvent abandonné la compétence, mais jamais ils n'ont cédé ce qui touchait à leurs fiefs. De nombreux documents confirment cette observation, et notamment l'accord entre les clercs, le roi et les barons, passé sous Philippe-Auguste :

« Primum capitulum est quòd clerici trahunt causam FEODO-
» RUM in curiam christianitatis propter hoc quòd dicunt quòd
» fiduciæ vel juramenta fiunt inter eos quos causa vertitur, et per
» hanc occasionem perdunt domini justitiam feodorum suorum.
» Responsio : in hoc concordati sunt rex et barones quòd benè
» volunt quòd ipsi cognoscant de perjurio et transgressione
» fidei, SED NOLUNT QUÒD COGNOSCANT DE FEODO, et si convictus
» fuerit de perjurio vel transgressione fidei, injungant ei pœnam ;
» sed propter hæc NON DIMITTET DOMINUS FEODI JUSTITIAM
» FEODI, nec propter hæc se capient ad feodum (1). »

L'ordonnance de 1214, touchant les croisés, mentionne trois juridictions auxquelles le croisé peut être soumis suivant la nature de la discussion.

La première est celle de l'évêque, juge de toutes les questions appartenant à la basse justice sur les vilains. Quiconque se croisait, *burgensis, vel rusticus, sive mercator*, était en effet soustrait à la justice du comte en tout ce qui pouvait être de la compétence ecclésiastique ; ainsi les questions de tailles, d'ost, de chevauchée et de tous autres droits de justice étaient du ressort de l'évêque ; mais les accusations de meurtre, qui échappaient à la juridiction des cours de chrétienté, restaient dans celle du comte. Il en était de même des contestations relatives aux fiefs, elles demeuraient assujéties à la justice féodale.

---

(1) Ord. du Louvre, t. 1, p. 39. Trad. : « Le premier point consiste en ce » que les clercs traduisent les procès relatifs aux fiefs en cour de chrétienté, » sous le prétexte que dans le procès il s'agit de violation de foi ou de serment, » et, à cette occasion, les seigneurs sont privés de la justice de leurs fiefs. Ré» ponse : le roi et les barons consentent à ce que les ecclésiastiques connaissent » du parjure et de la violation de foi ; mais ils ne veulent pas qu'ils connais» sent du fief. Si quelqu'un est convaincu de parjure ou de violation de foi, » qu'ils lui infligent une peine, mais qu'ils ne s'en prennent pas au fief, et que » par suite le seigneur féodal ne perde pas la justice de son fief. »

« Art. 4. Si verò cruce signatus habeat possessiones quæ de-
» beant talliam, reddet talliam ac si non esset cruce signatus,
» et si neget possessiones debere talliam, probetur coram epis-
» copo.

» Art. 6. Si baillivi domini regis aliquem cruce signatum
» deprehenderint ad præsens forefactum, pro quo debeat mem-
» bris mutilari, vel vitam amittere, secundùm consuetudinem
» curiæ secularis, ecclesia non defendet eum, vel res ejus. In
» aliis autem levioribus et minoribus forefactis, pro quibus non
» debeat membris mutilari, vel vitam amittere, non debet bail-
» livus corpus cruce signati, vel res ejus capere, vel captum deti-
» nere, imò reddat absolutè ipsum et res suas ecclesiæ requirenti,
» pro jure faciendo.

» Art. 9. Nullus cruce signatus tenetur respondere in foro
» seculari, sed in ecclesiastico, exceptis feodis et censivis
» de quibus litigabunt coram dominis feodorum et censiva-
» rum (1). »

La distinction de la justice féodale et de la justice justicière s'est maintenue dans les coutumes tant que la première a subsisté : « Par l'ancienne coutume, dit Basnage, sur la coutume de
» Normandie, t. I, p. 8, il y avait deux sortes de juridictions,
» l'une baillie et l'autre fieffale. Elle appelait fieffale celle qu'on
» avait à raison de son fief : c'était la justice aux barons; la ju-
» ridiction baillie, celle qui était baillée par le prince comme du
» bailli. »

---

(1) Coll. du Louvre, t. 1, p. 33. Trad. : « Art. 4. Si un croisé possède une
» terre qui doive la taille, qu'il paie la taille comme s'il n'était pas croisé, et
» s'il nie la devoir, qu'il le prouve devant l'évêque.

» Art. 6. Si les baillis du roi saisissent quelque croisé en flagrant délit, pour
» lequel il doit perdre ou les membres ou la vie, qu'il soit jugé par la
» cour séculière, et que l'Église ne défende ni sa personne ni ses biens. Pour
» les autres méfaits de moindre importance, n'entraînant pas la perte des mem-
» bres ou de la vie, le bailli ne doit pas saisir le croisé, ni ses biens, ni le re-
» tenir prisonnier ; mais il doit le rendre lui et ce qu'il possède à la demande
» de l'Église, qui le jugera.

» Art. 9. Aucun croisé n'est tenu de répondre en cour séculière, mais seu-
» lement devant l'Église, excepté dans les causes de fief ou de censive, les-
» quelles se débattront devant les seigneurs des fiefs et des censives. »

234. La justice féodale était donc très distincte de la justice justicière ; les règles coutumières ont maintenu et constaté cette distinction fort sensiblement.

Ainsi, l'on a vu que le seigneur justicier avait tous les droits de justice, à l'exception du cens, sur les possesseurs de terres allodiales (n° 169) ; cependant, entre ces terres et le domaine du justicier, pas plus qu'entre celui-ci et les propriétaires, il n'existait de lien féodal. Au contraire, l'absence de tout engagement féodal était de l'essence de l'aleu (n° 164).

D'un autre côté, le propriétaire d'un alleu, qui le constituait en fief, et formait ainsi autour de lui l'association féodale, créait bien à son profit une juridiction ; mais ce n'était ni la haute ni la basse justice, ni en un mot la justice justicière dans aucun de ses éléments.

« Les églises, quoique dédiées et consacrées, dit Hévin (1), » ne cessent pas d'être sous la justice et juridiction du seigneur. » L'on en a apporté des autorités et des arrêts; *c'est l'usage de* » *toute la France.* »

Et il cite d'Argentré, qui dit, en parlant des églises : « *Licet* » *feoda sint libera et, ut aiunt, amortizata, sub jurisdictione* » *domini in quâ sitæ sunt, remanent, quantum quidem ad* » *exercitium jurisdictionis.* » Cependant les églises étaient libres de toute justice féodale.

Les contrats de simple fermage ne comportaient pas la justice féodale, ainsi que je l'ai dit tout à l'heure, ce qui n'empêchait pas le métayer d'être soumis à la justice du bailleur lorsque celui-ci était justicier.

Le seigneur n'avait pas dans son domaine la justice féodale, parce que les hommes qui s'y trouvaient ou qui l'exploitaient ne lui tenaient pas par le lien du fief, nul n'étant féodal de son domaine. Cependant, il pouvait y posséder la haute justice, et, dans ce cas, il en exerçait tous les avantages. Il jugeait, condamnait et faisait pendre ses sujets demeurant sur son domaine comme ceux qui demeuraient dans les fiefs tenus de lui où il

(1) *Questions féodales*, p. 227.

s'était réservé la haute justice (1) ; mais il ne pouvait exercer sur eux aucun acte de justice féodale, parce qu'ils ne tenaient rien de lui en fief et qu'ils n'étaient pas ses hommes féodaux.

235. La justice féodale et la justice justicière étaient profondément séparées par le mode de leur exercice : la première était rendue par les pairs, la seconde était administrée par la loi vilaine.

La plupart des légistes du XVIIIe siècle ont écrit que la justice par pairs était le principe de toutes les juridictions des temps seigneuriaux ; cette assertion est inexacte. Le jugement par pairs proprement dits n'existait que dans la justice féodale, par la raison péremptoire qu'il n'y avait de véritables pairs que dans le fief ou dans l'association.

Le mot *par* ou *pares* n'exprime, dans les documents relatifs au séniorat, que la qualité de membre de l'association. Dans les temps féodaux, la même qualification conserve le même sens ; ainsi Jacques de Saint-Georges définit les pairs : *Pares curiæ seu curtis dicuntur convassalli, qui jurarunt fidelitatem eidem domino, pro aliis feudis, quæ tenent vel eo. Sed si essent vassalli qui non præstitissent sacramentum fidelitatis eidem domino, non dicerentur esse de paribus curiæ* (2).

Dans les textes coutumiers, le mot pair n'a point d'autre valeur ; c'est le vassal, l'homme de fief, le compagnon, le convassal, suivant les textes des coutumes. « Les pairs, dit Ragueau, » sont les vassaux du seigneur féodal, tenant de lui fiefs de pa- » reille nature et condition..... Hommes de fiefs, pairs et vas- » saux, Valois, art. 33 ; pairs de fiefs, Noyon, art. 25 ; Saint- » Paul, art. 10 ; pairs et hommes de fiefs, Reims, art. 76, et en » la coutume de Lens ; les pairs sont les vassaux du seigneur, » Laon, art. 166, ou les vassaux du fief ; Châlons, art. 177. Les » pairs, compagnons et vassaux sont tenus de faire service de

(1) Voy., sur ce point, Hévin, *Questions féodales*, p. 93 et suivantes, où le droit de justice du seigneur dans son domaine est établi et développé.

(2) Cité par Ducange, vo *Par*. Il faut voir en outre les exemples qui accompagnent cette citation.

» cour et de plaids, de comparoir et assister par devant le bailli » ou garde de la justice du seigneur feudal, lequel autrement » peut faire saisir leurs fiefs... »

Aussi, dans le fief, chaque vassal était jugé par les vassaux du même ordre : *Et est advertendum, quod isti pares curiæ*, dit encore Jacques de Saint-Georges, *qui habent cognoscere de causâ feudali, debent esse illius qualitatis, cujus sunt vassalli litigantes. Et ideò, si vassallus litigans cum domino ut comes vel baro, certè pares curiæ, qui habent cognoscere de causâ feudali, debent esse comites vel barones* (1).

236. Le jugement par ses pairs fut la loi de toutes les institutions constituées sur le principe de la féodalité ; ainsi la législation normande, qui régissait l'Angleterre comme un grand fief et supposait tous les citoyens engagés dans les liens de la vassalité, fit de la pairie la règle commune de toutes les justices : *Quoniam attachiamenta, cap. 67 : statuit enim dominus rex, quòd nullus debet recipere judicium, neque judicari à minori personâ quàm à pari suo, scilicet comes per comites, baro per barones, vavassor per vavassores, et burgensis per burgenses ; sed minor persona potest judicari à majore* (2).

Le duc de Bouillon établit le même principe dans les Assises de Jérusalem, où la loi du fief fut aussi la loi commune, et tous les citoyens considérés comme vassaux.

Mais en Angleterre et à Jérusalem il n'existait pas de justice justicière (n° 219) ; la domination romaine n'y avait pas laissé ce puissant vestige de son existence ; la législation n'avait qu'un principe, se rattachant à un seul pouvoir et constituant un seul système d'organisation (3). En France il en était autrement ; la

---

(1) *Ibid.*

(2) Voy. Delaurière sur Loysel, liv. 4, tit. 3, règl. 14. Il résulte de cette loi, qui retraçait la règle générale des fiefs, que nul ne pouvait être jugé par un moindre que soi, mais qu'il pouvait l'être par un plus puissant ; tel n'est pas le sens qu'on attache ordinairement au jugement par pairs, dans lequel on suppose, au contraire, que les juges sont les égaux des justiciables.

(3) Dans la jurisprudence anglaise, toute propriété portait le nom et le ca-

justice des comtes n'avait pas cessé d'exister et d'agir en présence et à côté de la justice féodale.

237. C'est pourquoi les jurisconsultes du treizième siècle distinguent les justiciables par *la loi vilaine*, c'est-à-dire par la juridiction du justicier dont les vilains étaient les sujets, de ceux qui devaient être jugés par la loi du fief, *ou la loi des gentilshommes.*

J'ai déjà expliqué ce qui séparait le gentilhomme du vilain ; longtemps ce fut la profession, et tout militaire engagé dans le fief fut gentilhomme ; cette dénomination et celle de feudataire apparaissent synonymes jusqu'au dixième siècle ; du moins, la distinction de noble et de roturier n'avait pas d'importance politique grave et relative à la justice.

Mais au treizième siècle la qualité de gentilhomme et celle de vilain sont profondément séparées ; elles ont déjà caractérisé les possessions ; la censive, quoique de même nature originaire que le fief, est cependant soumise à des conditions évidemment inférieures et que les relations personnelles expliquent assez clairement.

La censive est bien une jouissance féodale ; c'est bien le résultat de la concession bénéficiaire ; originairement *beneficium sub censu* ; sous le droit coutumier, le *bail à cens*. Elle a bien pour effet le lien du séniorat et l'engagement respectif du seigneur et du vassal. De nombreuses coutumes lui conservent le nom significatif de *fief roturier* (1). En un mot, elle ne diffère de la tenue féodale proprement dite que dans la nature de la redevance ; le feudataire doit le service militaire, la foi, l'hommage et l'obéissance ; le censitaire ne doit que le cens.

Cependant la censive n'est pas le fief ; c'est une branche de la confédération séniorale, distincte par les conditions du

---

ractère de fief : *Nos autem*, dit Cowel, *feudum omne illud dicimus, quod nobis et hæredibus nostris tenemus.* Bracton, *De legibus Angliæ*, lib. 4, tract. 3, cap. 9 : *Et sciendum est quòd feodum est id quod quis tenet ex quâcumque causâ sibi et hæredibus suis.* Voy. aussi les Institutes de Littleton et Ragueau, v° *Fief noble.*

(1) Voy. Ragueau, v° *Fief roturier.* Beaumanoir la désigne souvent sous le nom de *fief en vilenage.*

contrat et surtout par les relations et les qualités personnelles qu'elle engendre. Ainsi le vassal est devenu noble; le censitaire est demeuré roturier et, sous de nombreux rapports, assimilé au vilain et à l'homme de pooste dont il porte parfois le nom.

De ces effets divers sont résultées des conséquences remarquables.

De ce que le censitaire fait partie de l'association séniorale il s'ensuit qu'il jouit de l'appel par défaute de droit; en cela il diffère essentiellement du vilain soumis à la juridiction du justicier (nº 131).

Mais de ce qu'il ne fait pas partie du fief proprement dit il résulte qu'il ne jouit pas du droit d'être jugé par ses pairs; car il n'existe de pairs que dans le fief militaire où le caractère d'association s'est maintenu manifeste.

Cette distinction est formellement exprimée par Beaumanoir: en parlant de ceux qui tiennent héritages vilains dont la connaissance appartient au seigneur, il dit, cap. 52, 5: « Tel manière » de gens poent plus briement sommer lor segneur de défaute de » droit que ne font li hommes de fief; *car ils ne sont tenus à » sommer par pers, qu'il n'en ont nul.* »

Et ailleurs, prévoyant le cas où un vilain ou homme de pooste se trouve possesseur d'un fief, cap. 48, 11: « Nul ne doit » douter que se li homs de poote tient fief de son droit, et au- » cuns plaids à lui de ce qui au fief appartient, soit le sien ou » autre, *que il ne doit être demené par ses pers*, ainsi comme » se il était gentilhomme. Chauf que *se il appelait*, il ne se com- » battrait pas comme gentilhomme, mais comme homme de poote. » Mès de tous ses autres pleds, qui venraient par la raison dou » fief, il doit être demené *à la loi des gentishommes.* »

Le jugement par pairs n'existait donc que dans le fief proprement dit; tout possesseur de fief, vilain ou gentilhomme, y avait droit, et la pairie consistait dans le fief possédé; mais tout autre, censitaire ou simple homme de pooste, n'était pas jugé par ses pairs parce qu'il n'en avait point.

238. Quelle fut la cause de cette différence qui s'établit entre le censitaire et le feudataire? on ne l'aperçoit pas dans les textes; il est fortement probable qu'elle fut la même que celle

qui sépara la noblesse de la roture et plaça celle-ci dans un rang inférieur.

Quoi qu'il en soit, le mode différent de la justice est caractéristique ; il nous montre que si l'homme de fief était jugé par ses pairs, le censitaire était jugé comme le vilain, c'est-à-dire, autrement que par des pairs, et selon *la loi vilaine*.

Cette loi vilaine était évidemment celle de la justice justicière ; c'est encore ce qu'explique Desfontaines en son conseil : « Et se » gentilhomme de lingnage.... est *coukant et levant* en ton vil- » lenage, avec tes autres vilains, encore dut-il avoir avantage » pour sa franchise naturelle, nekedent il soufferra la loy où il » est accompagniez (1). » Toute justice déterminée par le lieu où le justiciable est coukant et levant est la justice justicière.

Les juges du justicier furent successivement les rachimbourgs, les scabins, les *boni homines*, les bonnes gens et les hommes sages, dont parlent les capitulaires, les ordonnances, Beaumanoir et Bouteiller. Régulièrement la justice justicière fut rendue par eux sous la présidence ou la direction du comte, du viguier, ou de leurs officiers feudataires du droit de justice (n° 213). Irrégulièrement, par abus de pouvoir, par suite du refus ou de la négligence des juges naturels, le justicier jugea seul.

Beaumanoir nous apprend que cette dernière condition ne fut pas la règle générale : « Il y a aucuns lieux, dit-il, cap. 1, n° 13, » où li bailli fait li jugemens ; et autres lieux, là où li hommes du » fief au seigneur les font. »

L'intervention des hommes de fief dans la justice justicière avait pour cause la répugnance des hommes de pooste à quitter leurs travaux pour assister aux plaids. Les comtes, pour s'assurer les moyens de réunir un nombre suffisant de jugeurs, stipulèrent de tous ceux à qui ils concédèrent des bénéfices l'obligation de les assister dans l'exercice de la justice. Le roi imposait également cette obligation à tous ses vassaux, à l'égard de la justice publique : *cap.* 809 : *Ut nullus alius de liberis hominibus ad placitum vel ad mallum venire cogatur, exceptis scabinis et vassis comitum* (2).

(1) Cité par Delaurière, préface des ordonnances, p. 13.
(2) Baluze, 1-471.

Cap. lib. 5, *c.* 204 *: Si* VASSUS NOSTER *justitias non fecerit, tùm et comes et missus noster ad ipsius casam sedeant et de suo vivant quousque justitiam faciat* (1).

Cette condition générale du séniorat se retrouva naturellement dans le fief : tout vassal dut, par la loi même de l'inféodation, assister son seigneur dans les diverses justices qu'il avait à rendre ; c'est pourquoi les institutions coutumières, constatant les usages des fiefs, comprirent cette obligation dans les devoirs féodaux : « Tous seigneurs, porte la coutume de Saint-Pol, *ayant » justice et seigneurie et qui ont hommes de fief, qui tiennent » d'eux à la charge de servir les plaids dudit seigneur, iceux » hommes doivent faire les jugemens* (2). »

Là où le seigneur justicier fut en même temps féodal, il fit juger par ses hommes de fief, qui lui devaient la justice, les causes qui se rattachaient à son autorité justicière ; mais là où il n'eut point de fief, il manqua souvent de jugeurs, et prit l'habitude de juger lui-même, ce que ses officiers firent ensuite. Ce fut probablement la cause de cette différence, car ce point est fort obscur et ne peut guère être expliqué que par conjecture.

239. Assurément les considérations qui précèdent sont plus que suffisantes pour montrer qu'il y eut une justice justicière distincte de la justice féodale, et que la première n'est pas dérivée de l'autre ; de ces deux juridictions, l'une est d'origine romaine, l'autre d'origine germanique ; la première est la justice publique, la seconde celle des associations ; la justice justicière est rendue par les hommes notables, la justice féodale par les pairs des plaideurs ; enfin celle-ci a pour justiciable l'homme de fief, celle-là l'homme de pooste.

C'est pour n'avoir pas distingué cette double juridiction que les feudistes modernes n'ont pu expliquer certaines règles coutumières. Ainsi la maxime que fief et justice n'ont rien de commun, vraie dans toutes ses applications de la justice justicière, est absolument fausse, et dès lors inexplicable, si on l'entend de la justice féodale.

(1) Baluze, 1-862.

(2) V. *suprà*, n° 243, d'autres coutumes constatant la même règle.

Loin qu'il y eût des fiefs sans justice féodale, cette justice était de l'essence même du fief ; tout vassal devait par la loi même de l'inféodation servir son seigneur et assister à sa cour : *debet servitium et justitiam.*

Jamais la justice féodale n'a été séparée du fief ; en d'autres termes, jamais un vassal n'a été, à raison de son fief, justiciable d'une autre cour que de celle de son seigneur dominant. Il en était au surplus de la cour féodale comme de tous les autres éléments de la directe seigneuriale ; ils étaient essentiellement indivisibles, et jamais l'on n'a vu l'un posséder les lods et ventes, l'autre le droit de retrait, un troisième le service militaire et un quatrième le droit de juger les vassaux. Tandis que les droits de justice s'éparpillaient sans mesure, les droits de fiefs sont toujours demeurés unis et compacts. Nous avons vu les amendes et les confiscations séparées du droit de juger ; jamais la commise n'a profité à d'autres qu'au seigneur direct à la cour féodale duquel le vassal félon était justiciable.

240. Aussi les feudistes ont-ils fait de vains efforts pour expliquer la maxime Fief et justice n'ont rien de commun ; Montesquieu, par exemple, dont cependant l'interprétation n'a pas encore été contestée, se trompe évidemment sur ce point : « Y » ayant, dit-il (1), une infinité d'hommes de fief qui n'avaient » point d'hommes sous eux, ils ne furent point en état de tenir » leur cour : toutes les affaires furent portées à la cour de leur » seigneur suzerain ; ils perdirent le droit de justice, parce qu'ils » n'eurent ni le pouvoir ni la volonté de le réclamer. »

Cette explication, sans doute, peut justifier l'existence des fiefs qui n'avaient point de justice, mais elle ne fait pas comprendre comment il se trouvait tant de justices sans fiefs. Au contraire, elle est incompatible avec ces dernières, car si le possesseur d'un fief peu considérable était hors d'état de conserver la justice, comment pouvait-elle se maintenir aux mains de celui qui n'avait point du tout de fief, ni par conséquent d'hommes féodaux pour composer une cour quelconque ?

Au surplus, la très ancienne coutume de Bretagne, qui en cela

(1) *Esprit des lois*, liv. 28, chap. 27.

ne faisait que constater un droit commun, dément formellement la supposition de Montesquieu; elle autorisait à porter les accusations à juger par gage de bataille, directement devant la cour suzeraine, et l'art. 135 en donne cette raison : « Et ce est octroïé » en faveur des petits gentilshommes qui ne la pourraient tenir » (la cour par bataille) sans être endommagiés de plus que leur » état ne pourrait soutenir; et pourtant ne perdront-ils pas leurs » droits, qu'ils ne puissent avoir ferme et estable droit et toute » autre justice au point deparavant. »

Ainsi la pauvreté du justicier ne le dépouillait pas de sa justice; elle autorisait seulement à porter devant la cour suzeraine les affaires trop coûteuses à juger, mais sans lui enlever ni le principe de sa juridiction, ni les autres droits dérivant de ce principe. Il n'est donc pas vrai que l'impossibilité de juger certaines affaires ait été, comme le suppose Montesquieu, la cause séparative, ni principale, ni même accidentelle, du fief et de la justice.

Remarquez que la justice conservée au pauvre gentilhomme incapable de tenir la cour par bataille n'est pas seulement la justice justicière que la coutume désigne sous le nom de *ferme et estable droit* (1), mais encore *toute autre justice*; en sorte que l'explication de Montesquieu n'est pas plus fondée à l'égard de la justice féodale que de la justice justicière.

La maxime Fief et justice n'ont rien de commun n'a jamais été ni vraie ni possible à l'égard de la justice féodale, laquelle n'a jamais été séparée du fief. Toute inféodation créait de droit une justice à laquelle était soumis le vassal. D'anciens aveux portent expressément que le seigneur possède toute la justice nécessaire à l'exploitation de son fief. C'est donc avec plus de raison que Montesquieu, que d'autres feudistes (2) ont contesté l'existence même de la maxime; leur opinion est fondée relativement à la justice féodale et conséquente avec le système même de Montesquieu qui ne considère la justice que comme un élément du fief.

---

(1) Voy. Hévin, cons. 68.

(2) Voy. notamment Jacquet, dans son *Traité des justices seigneuriales*, *passim*.

§ IV.

DES JUSTICES BASSES, FONCIÈRES ET CENSUELLES.

SOMMAIRE.

241. Les coutumes mentionnent trois sortes de justices qui présentent entre elles une similitude tellement grande que très fréquemment les textes et les commentateurs les confondent; ce sont la justice foncière, la basse justice et la justice censuelle. Loin que la coexistence de ces juridictions et leur ressemblance apparente tendent à justifier le système qui de la justice féodale et de la justice justicière ne fait qu'une seule chose, leur examen démontre péremptoirement qu'elles n'ont eu rien de commun.

L'exemple le plus remarquable de la justice divisée et constituée en haute, basse et foncière, que présentent les documents des deux premières races, se rencontre dans le précepte relatif aux Espagnols et dont j'ai déjà souvent parlé.

Cet acte est de 815, et nous apprenons par un autre (1) que les plus puissants d'entre les Espagnols réfugiés, *qui inter eos majores et potentiores erant*, s'étaient constitués vassaux du roi, *ad nostram fidem se contulerunt*, et en avaient reçu des lettres réglant les conditions de leur vasselage : *præceptum auctoritatis qualiter in regno nostro cùm suis comitibus conservari et nostrum servitium peragere deberent.* Ces lettres déterminaient non-seulement leurs rapports avec les comtes royaux établis dans le pays, mais encore leur autorité sur leurs propres vassaux.

(1) An 816, Baluze, 1-570.

L'existence de cette autorité est manifestée par l'abus qu'ils en ont fait et que le précepte a précisément pour objet de réprimer; d'ailleurs le texte l'indique : *Præcepta regalia susceperunt; quibus susceptis conati sunt sibi ad servitium subjicere, per præceptorum illorum auctoritatem, eos qui inter illos minores erant.*

J'entre dans ce détail parce que la plupart de ceux qui ont examiné cet acte célèbre ont cru y trouver l'état normal de la propriété, tandis qu'il ne présente que les stipulations particulières du vasselage accordé aux Espagnols. Ces conditions sont exprimées dans le précepte de 815. Les rapports des vassaux avec les comtes sont ainsi déterminés :

Art. 2. *Pro majoribus causis, sicut sunt homicidia, raptus, incendia, deprædationes, membrorum amputationes, furta, latrocinia, alienarum rerum invasiones et undecumquè à vicino suo aut criminaliter, aut civiliter fuerit accusatus, et ad placitum venire jussus, ad comitis sui mallum omnimodis venire non recusent. Cæteras verò minores causas more suo, sicut hactenùs fecisse noscuntur, inter se mutuò definire non prohibeantur* (1).

La compétence réservée aux comtes est très exactement celle qui dans les temps féodaux a constitué la haute justice. C'est celle que Beaumanoir définit ainsi : « Murdres, traïsons, omicides, efforcemens de femmes, essilleurs de biens... » C'est également celle que toutes les coutumes ont attribuée constamment au haut justicier (2). Cette observation est importante en ce qu'elle montre la haute justice aux mains des comtes, en présence de la justice féodale que nous allons voir tout à l'heure aux

(1) Un autre capitulaire de 844, Baluze, t. 2, p. 27, reproduit la même division attributive de juridiction en termes plus positifs : *Et nisi pro tribus criminalibus actionibus, id est homicidio, rapto et incendio, nec ipsi nec eorum homines à quolibet comite aut ministro judiciariæ potestatis ullo modo judicentur aut distringantur : sed liceat ipsis, secundùm eorum legem, de aliis hominibus judicia terminare, et præter hæc tria, et de re et de eorum hominibus secundùm propriam legem omnia mutuò definire.*

(2) Il faut voir sur ce point l'excellent ouvrage de M. F. Hélie, *Histoire et théorie de la procédure criminelle*, p. 316.

mains du seigneur du fief, ce qui prouve incontestablement que la première est différente de la seconde, et qu'il n'est pas vrai qu'elle en dérive.

242. Les rapports des seigneurs espagnols avec leurs propres vassaux sont ainsi déterminés :

Art. 3. *Et si quisquam eorum in partem quam illi ad habitandum sibi occupaverat, alios homines undecumquè venientes adtraxcrit, et secum in portione suâ, quam adprisionem vocant, habitare fecerit, utatur illorum servitio absque alicujus contradictione vel impedimento, et liceat illi eos distringere ad justitias faciendas quales ipsi inter se definire possunt. Cætera verò judicia, id est, criminales actiones, ad examen comitis reserventur* (1).

Ainsi la compétence du seigneur espagnol (*ille qui secum adtraxerit*) sur ses vassaux se compose 1° du droit de présider au jugement des causes minimes, *minores causas*, droit enlevé au comte dans l'article précédent ; 2° de celui de contraindre les vassaux à l'exécution de leurs engagements : *Utatur eorum servitio... eos distringere ad justitias faciendas.*

Cette double compétence dérivait de deux sources : la première était une délégation expresse de la puissance justicière ordinairement attribuée aux vicaires : remarquez, en effet, qu'il n'est parlé dans le précepte ni des vicaires, ni des centeniers ; les *minores causæ* devant être jugées suivant la loi espagnole, *more suo*, il était naturel d'en laisser la juridiction aux seigneurs de la nation.

La seconde était une conséquence naturelle du vasselage et une condition du contrat intervenu entre le seigneur espagnol et ceux qui avaient reçu des terres de lui.

Le précepte mentionne donc trois sortes de juridictions : 1° celle du comte, laquelle s'est perpétuée dans les temps seigneuriaux sous le nom de haute justice ; 2° celle qui comprend les *minores causas ;* 3° celle qui a pour objet le service du fief : ces deux dernières exercées par le seigneur espagnol, quoique différentes dans leur origine, leur nature et leur objet.

(1) Baluze, 1-550.

Il faut montrer celles-ci aux mains du seigneur féodal, sous le nom de basse justice et de justice foncière, également distinctes et revêtues des mêmes caractères que dans le précepte des Espagnols.

243. J'ai déjà parlé des basses justices ; j'ai fait connaître leur origine et leur compétence. Quoique les objets de cette juridiction justicière fussent fort diversement déterminés par les coutumes, il n'en est pas moins vrai qu'en général ils se bornaient aux choses de peu de valeur, *minores causas*, aux actes administratifs, aux tutelles, aux délits de peu d'importance, et aux solennités des transmissions immobilières. Il est inutile d'en dire davantage sur ce point ; je ne dois examiner ici la basse justice que dans ses rapports avec la justice foncière.

C'est un point constant dans l'histoire du contrat de fief qu'originairement et partout le féodal eut sur ses vassaux le droit de les contraindre directement à l'exécution de leurs obligations féodales. Presque toutes les coutumes reconnaissent ce droit, expressément ou virtuellement. Tous les auteurs en parlent, et l'opinion de ceux qui l'ont contesté (1) a fini par être rejetée avec raison. Là même où les seigneurs féodaux ont cessé de l'exercer, il est certain qu'ils l'avaient originairement possédé.

Plus on remonte et plus il est facile de reconnaître dans ce droit une portion de la justice féodale, issue du fief et appartenant à son système. De même que toute institution emportait le droit de décider les différends qui s'élevaient dans son sein, de même celui qui pouvait les juger possédait le pouvoir d'exécuter ses jugements. C'était en conséquence de ce principe que tout seigneur féodal pouvait saisir sa chose aux mains du vassal et la lui retirer faute d'accomplissement de ses engagements; cette faculté fut qualifiée de justice foncière.

La justice foncière est considérée par toutes les coutumes comme supposant le fief : « Le seigneur féodal, dit l'art. 52 de

(1) Baquet a été à peu près le seul, et les raisons de douter qu'il fait connaître sont manifestement décisives contre l'opinion qu'il admet.

» la coutume de Poitou, n'eût-il que juridiction foncière, peut » demander et avoir foi et hommage, devoir ou redevance pour » raison des choses qui sont en son fief, supposé que paravant » lui ne les siens ne les avaient eus. »

Ce caractère de la justice foncière était d'ailleurs celui que lui reconnaissaient tous les anciens praticiens, lesquels, au dire de Loyseau (1), « estimaient que toute seigneurie féodale, c'est-à- » dire tout fief ayant vassaux ou censive, importait de sa pro- » pre nature droit de justice sur les vassaux et censiers qui » en dépendaient, du moins pour le recouvrement de ses droits » de seigneurie. »

244. Le précepte des Espagnols nous a fait voir le prince concédant à ses vassaux, en même temps, la justice foncière et la basse justice. Ces concessions de basse juridiction faites au profit du propriétaire sur ses tenanciers n'étaient pas d'un usage nouveau. La novelle 80, cap. 2 et 3, fait mention de propriétaires constitués par l'empereur (2) juges de leurs colons : *agrico-*

---

(1) *Des seigneuries*, ch. 10, n° 48.

(2) Les vestiges de cette justice colonaire la montrent très distincte de la justice foncière ou féodale ; on la retrouve, en effet, dans le droit allemand sous le nom de cour dominicale, et appartenant au bailleur à emphytéose sur ses colons. Le jurisconsulte Jacques Rhem, qui en a fait un traité spécial, ne la confond point avec la juridiction féodale ; au contraire, il les oppose l'une à l'autre en les comparant : *Quemadmodùm dominus feudi jus habet in personam vassalli et jurisdictionem restrictam ad causas feudales, sic etiam dominus curiæ dominicalis jus habet et jurisdictionem in personam emphyteutarum, restrictam tamen ad causas emphyteuticas.*

« Ces sortes de juridictions, dit Delaurière sur Loysel, liv. 4, tit. 3, règl. 14, » sont pareillement en usage en Flandre et dans quelques-unes de nos provin- » ces, comme celle d'Artois, où elles sont nommées *cours ou jurisdictions* » *cottières.* » D'après la définition de ces coutumes, l'*homme cottier* différait de l'homme *censier ;* c'était un véritable colon. Suivant Ragueau, Ponthieu, Amiens, Montreuil, Saint-Omer, qualifiaient *tenancier cottier* « celui qui tient » et possède héritage redevable de cens, surcens ou rente. » Les possessions et les devoirs n'avaient rien de féodal : « *Chose cottière* ou *courtière*, dit encore » Ragueau, c'est une même chose qui est opposée à la chose féodale .. Héri- » tages cottiers, Saint-Omer, art. 22, auquel lieu ils sont opposés aux hérita- » ges feudaux. » Le seigneur cottier était justicier et non simple propriétaire ou seigneur féodal.

larum domini, qui à nobis sunt judices STATUTI. Cette juridiction déléguée par disposition expresse, et non pas inhérente ou naturelle au droit de propriété, comme on l'a cru mal a propos, ne s'étendait qu'aux procès de peu d'importance.

Le droit du seigneur espagnol, de juger les *minores causas* entre ses vassaux, a manifestement le même caractère; le seigneur ne le tient pas de la convention qui lie les hommes à lui, mais de la délégation que le roi lui en a faite.

Cet usage d'attacher à la concession d'un domaine en fief une portion de la justice justicière s'est perpétué et développé dans les habitudes du contrat féodal. De nombreux aveux ou titres primitifs mentionnent la double possession du fief et de la basse justice, également à titre d'inféodation. Dans certaines localités cette condition fut tellement commune qu'elle devint la règle générale et que les coutumes consacrèrent en principe que tout possesseur de fief avait en même temps la basse justice de son territoire (1).

245. La confusion que la similitude et la réunion fréquente de la basse justice inféodée et de la justice féodale foncière jeta dans les idées des jurisconsultes fut tellement grande, que de nombreux textes de coutumes et de nombreux commentateurs ont considéré l'une et l'autre comme une seule et même chose. Cependant les feudistes exacts et particulièrement les praticiens accoutumés à voir, même réunies, la basse justice s'exercer différemment de la justice foncière, ne les ont pas confondues. Par exemple, Boucheul, sur la coutume de Poitou, établit très nettement la distinction, sur l'art. 17, lequel porte : « Celui qui tient fief... est fondé par la coutume d'avoir en sondit » fief basse jurisdiction, et a ledit bas justicier jurisdiction et » contrainte jusqu'à l'amende de 7 sols 6 deniers seulement, et » peut connaître sur ses hommes en actions personnelles et » réelles... et des causes d'injures dont l'amende n'excéderait » pas 7 sols... »

Le commentateur ajoute :

(1) Voy. l'analyse et le relevé de ces coutumes dans le *Traité des justices seigneuriales* de Jacquet, liv. 2, ch. 1.

« Les coutumes, pour la plupart, établissent de deux espèces » de basse justice : l'une foncière ou domanière, comme Masuyer » la nomme ; l'autre basse justice proprement, où les différends » des vassaux, de peu d'importance, sont vidés. Cette dernière » est une juridiction personnelle, qui est un pouvoir de connaître » par le seigneur bas justicier sur les habitants de son district les » causes civiles et criminelles où il n'échet pas plus grande » amende que 7 sous 6 deniers. L'autre est une juridiction réelle, » foncière et domaniale, pour le paiement et conservation des » droits du seigneur, cens, rentes et autres devoirs à lui dus..... » La justice simplement foncière ou domaniale est inséparable- » ment attachée au fief pour le paiement et conservation des » droits qui en dépendent ; quiconque a fief est fondé d'avoir » cette basse justice ou juridiction, comme un apanage de son » fief, dans toute l'étendue d'iceluy. Mais, au regard de l'autre » basse justice personnelle, la maxime ordinaire que *fief et jus- » tice n'ont rien de commun* est véritable ; et, *quelque droit de » fief que l'on ait, si l'on n'est pas en possession de cette basse » justice, c'est-à-dire en exercice d'icelle, on ne la peut pré- » tendre sous prétexte de cet article...* (1) »

Ces observations confirment pleinement les explications que j'ai données de la justice justicière et de la justice féodale. Jusque dans les points où les deux juridictions semblent se confondre essentiellement, et malgré l'assimilation presque absolue qu'elles ont reçue de textes incorrects ou de feudistes oublieux de leurs vrais principes, elles préexistent distinctes et séparées ; chacune d'elles conserve son caractère propre et originaire qui se manifeste encore dans l'exercice et surtout dans les règles qui le régissent. On a pu remarquer cette observation essentielle de Boucheul, et qui met dans un grand jour l'erreur de la plupart des publicistes qui ont parlé des justices seigneuriales : « La » justice simplement foncière ou domaniale est inséparablement » attachée au fief... Mais, au regard de l'autre basse justice per- » sonnelle, la maxime ordinaire « Fief et justice n'ont rien de » commun » est véritable. »

(1) Boucheul, sur l'art. 17 de la coutume de Poitou, n°s 1 et 3.

Qu'on aborde avec ce principe l'examen des justices seigneuriales et tout s'explique ; non assurément que j'entende par-là qu'il sera possible de rendre raison de chaque espèce, de chaque variété, de chaque bizarrerie des justices particulières, mais on connaîtra la cause générale de cette variété et de cette bizarrerie ; on saura pourquoi l'incohérence et le défaut d'unité ont été la condition naturelle des justices ; dans cet inextricable chaos de règles diverses on trouvera la preuve la plus convaincante de la vérité d'un système dans lequel cet état de choses est une nécessité.

246. Il me reste à dire un mot de la justice censuelle.

J'ai démontré ci-dessus (nº 180) la persistance du cens justicier, et j'ai fait voir que le seigneur censier n'était pas un seigneur féodal, mais bien le *judex censuarius* ou *censualis* de la législation romaine, dont les droits sont restreints à l'exercice de l'impôt foncier. Cette démonstration comporte et suppose nécessairement l'existence d'une justice censuelle ayant pour objet unique le recouvrement du cens justicier. Cette justice, en effet, se rencontre expressément dans diverses coutumes, distincte à la fois de la haute, de la basse et de la foncière.

« Droit de censive, porte l'art. 203 de la coutume de Meaux, » n'attribue droit de justice haute, moyenne et basse ; mais » *censuelle* seulement, qui est la poursuite et action des droits » censuels. »

Cet article n'est pas écrit à la matière des fiefs ; il est le premier du chapitre intitulé : « De justice et des droits d'icelle », ce qui prouve clairement que, dans la pensée des rédacteurs, la justice censuelle n'avait rien de féodal.

Il en est de même de l'art. 20 de la coutume d'Auxerre : « Celui qui a justice *censière* a droit de prendre et percevoir l'a- » mende de trois sols tournois, par faute de cens non payé. » Cette disposition se trouve au titre 1er : « De justice haute, » moyenne et basse. »

La similitude entre la justice censuelle ayant pour objet le cens justicier, et la justice foncière s'exerçant à raison du cens féodal, était assurément de nature à engendrer la confusion ; elle produisit cet effet bien davantage lorsque le cens justicier et le

cens féodal ne furent plus dans les idées qu'une seule et même chose; il n'y eut plus qu'un cens, dès lors il n'y eut plus qu'une justice.

Néanmoins l'existence de la justice censuelle distincte de la justice foncière, constatée par les anciennes coutumes, confirme la distinction de la justice justicière et de la justice féodale; l'indication de sa nature véritable et primitive doit aussi servir à se préserver d'erreurs qui pourraient jeter le trouble dans l'intelligence des justices seigneuriales si l'on s'en rapportait à des textes ou à des opinions où cette nature a été méconnue.

§ V.

EXTINCTION DES JUSTICES FÉODALES ET JUSTICIÈRES.

SOMMAIRE.

247. Si l'on en croit les théories modernes, la justice des

comtes, des vicaires et des centeniers s'est éteinte dans la nuit du dixième siècle; elle a péri avec la royauté de la seconde race ; elle s'est peu à peu confondue et a fini par être absorbée dans la justice féodale, plus grande, plus générale et d'ailleurs appartenant au fief, la seule puissance de cette époque.

A l'appui de ce système, les publicistes ne citent aucun texte; le raisonnement et les conjectures font tous les frais de son établissement.

Les faits et les monuments historiques parlent tout autrement: à quelque époque qu'on les interroge, ils montrent la justice justicière existante dans ses droits utiles comme dans ses rapports avec le droit de juger; partout on reconnait son action propre et persistante, hors du fief et indépendante de toute vassalité. On ne cesse pas un moment de rencontrer quelque part un seigneur justicier autre que le seigneur féodal, et de lire dans les chartes ou dans les coutumes la maxime Fief et justice n'ont rien de commun.

C'est au dixième siècle que la justice des comtes et des vicaires, la justice justicière, devient patrimoniale et achève de briser les liens qui rattachaient son pouvoir à la royauté. Libre de toute autorité supérieure et de tout devoir envers ses sujets, jamais puissance ne fut plus absolue, plus illimitée; jamais domination n'exerça d'oppression plus active et plus énergique ; jamais force plus grande et plus odieuse n'inscrivit son passage aux annales des peuples en caractères plus lisibles et plus ineffaçables. C'est à l'époque où les justiciers se dégagent de la surveillance des *missi*, dernier débris du frein royal, que les populations jettent ces cris de détresse qui retentissaient encore dans l'écho des souvenirs au jour solennel de 1789; c'est alors que des révoltes multipliées témoignent d'une tyrannie insupportable, et leur impuissance, d'un ennemi qui devait sa supériorité plus encore aux préjugés du droit et de la possession qu'aux avantages du fer et de son épée.

Quels sont ces hommes qui recourent aux armes pour se soustraire à une intolérable existence? Ce sont les laboureurs, les bourgeois, les vilains, les hommes de pooste, en un mot, les sujets du justicier; c'est contre lui qu'ils combattent, et c'est son château qu'ils assiégent ; les spoliations qui les désolent, ce sont les

garennes, les péages, les tailles, les corvées, les cens, les droits de giste, les redevances et les exactions de toute espèce, *impiæ consuetudines*, *vicariæ*, *justitiæ*, les droits de justice enfin.

Certes alors la puissance justicière n'était pas un pouvoir qui se meurt et qui s'éteint; elle n'avait pas besoin, pour vivre, de se réfugier dans le fief et de lui abandonner son droit de juger. Aussi, loin de rien détacher de sa fortune, elle compte parmi ses plus beaux produits tout ce qui peut se rattacher à l'exercice de ce droit; dans les éléments de sa richesse elle range les crimes et les délits. Les justiciers se partagent le meurtre et l'incendie, le viol et les blessures, les causes civiles et les causes criminelles; ils vendent et se disputent les justiciables comme ils vendent et se disputent les redevables de l'impôt. Jamais ils n'ont distingué les amendes, les confiscations et tous les bénéfices des condamnations judiciaires, des autres profits de la justice seigneuriale.

248. Au douzième siècle, le fief touchait à l'apogée de sa puissance : la plupart des justiciers étaient en même temps féodaux; cependant leur grande préoccupation à cette époque n'est pas le fief; ce n'est pas avec leurs vassaux qu'ils luttent ou qu'ils transigent, c'est avec leurs justiciables. L'immense majorité des actes qui nous restent a pour objet des droits de justice, des établissements de communes, des règlements ou des restrictions d'amendes, des abandons de taille ou de corvées, toutes conventions absolument étrangères à l'association féodale et aux conditions du fief. Sous Philippe-Auguste, pour la première fois, apparaissent des dispositions concernant les droits et obligations des vassaux. D'autres actes succèdent et organisent la société féodale : on y voit la juridiction familière développée, réglée, étendue à tous les besoins de la confédération; mais sa criminalité ne se compose que de la félonie; sa pénalité, de la commise; sa compétence civile, des devoirs féodaux, du bail, du rachat, de l'hommage, de l'aveu, de la saisie; ses justiciables, des hommes engagés dans les liens de la vassalité.

Au treizième siècle, la féodalité commence à décliner. A partir de cette époque, la royauté s'élève et fait cesser les guerres pri-

vées. Bientôt le vassal n'a plus besoin de son seigneur, ni le seigneur de son vassal. L'association féodale n'a plus d'objet et se dissout ; sa justice s'évanouit faute de litige et de justiciables ; la foi, l'hommage, le service militaire, la fidélité, tous les devoirs du fief, disparaissent avec leur cause ; les chevaliers, écuyers, bacheliers quittent leur seigneur pour se recommander à un plus grand et plus puissant, le roi de France, dont la cour confond dans son service les suzerains, les dominants et les servants. Le fief cesse alors d'être une association militaire ; la terre féodale n'est plus la propriété sur le pied de guerre ; elle revient à son état naturel, et ne produit plus que des revenus ; la hiérarchie des possessions persiste néanmoins, parce qu'elle est, et que le temps n'est pas encore venu qui doit la détruire, mais elle n'a plus de sens ; il faut en demander l'intelligence aux siècles passés et aux évènements depuis longtemps accomplis. La cour féodale n'est plus qu'une juridiction de propriétaire ; sa puissance se réduit à saisir et à faire payer. Ce pouvoir même va bientôt s'évanouir ; il est trop faible et trop isolé pour vivre de sa vie propre, et, chose remarquable, c'est dans la juridiction justicière que le dernier débris de la cour féodale, la justice foncière, va se réfugier.

249. On a vu en effet la justice foncière « inséparablement unie au fief : » tous les monuments antérieurs au quinzième siècle en constatent l'existence universelle ; au dix-septième, elle a disparu dans plusieurs coutumes, et déjà Bacquet s'est efforcé de faire un droit commun de la nécessité, pour le féodal, de recourir à l'autorité du justicier. On peut voir dans son Traité des justices, chap. 3, les efforts de ce jurisconsulte pour justifier une thèse dont la fausseté ressort de la discussion même. Néanmoins, elle a fini par prévaloir. Delalande, commentateur de la coutume d'Orléans, retrace ainsi l'histoire et le motif de la nouvelle jurisprudence :

« C'est un ancien droit, dit-il sur l'art. 103, qu'ont les seigneurs de censive de pouvoir saisir l'héritage dépendant de » leur directe. Joannes Faber, *qui decessit anno* 1340, *hunc* » *morem testatur. De consuetudine Franciæ, inquit, domini*

» *directi* (1) *pro eorum censibus habent facultatem saisiendi* » *et wadiendi.* Cette prérogative allait autrefois jusque-là » qu'il était permis au seigneur d'exploiter par lui-même ou par » ses domestiques ou serviteurs... Mais depuis on a jugé à pro- » pos d'y employer le ministère de justice, pour éviter aux que- » relles et procès... C'est pourquoi il est besoin aujourd'hui que » la saisie soit faite par un sergent royal, ou par un sergent de la » justice ordinaire... »

L'abolition générale de la justice foncière est ainsi constatée par Delaurière: « Cette justice foncière, dit-il, a été abolie pres- » que partout, et la règle est que les seigneurs féodaux ou cen- » siers, qui n'ont ni haute, ni moyenne, ni basse justice, se doi- » vent pourvoir par action (2). »

Si la justice féodale dans ses éléments les plus durables, loin de s'accroître aux dépens de la juridiction justicière, a fléchi devant elle et s'est vue réduite à emprunter son secours, comment supposer que, dans la portion de son exercice la plus éphémère, elle ait envahi ce pouvoir qui l'envahissait ailleurs? Les faits, et surtout les faits juridiques, ont leur logique à laquelle ils manquent rarement. Les vicissitudes de la justice foncière suffiraient donc pour rejeter l'opinion qui fait dériver du fief la haute justice et tous ses éléments. Nous devons, au contraire, tenir pour certain que ce pouvoir n'a jamais cessé d'être étranger à l'institution féodale proprement dite, et que ceux qui les ont confondus sont tombés dans une erreur dont la cause est suffisamment expliquée.

250. Les éléments de la justice féodale et de la justice justicière étaient tels, d'ailleurs, qu'ils ne pouvaient se combattre et se détruire réciproquement. Ces deux juridictions avaient leurs compétences, leurs justiciables et leurs territoires distincts et très sensiblement séparés. Le seigneur à la fois féodal et justicier pou-

(1) Faber ne confond jamais le seigneur justicier, qu'il nomme *justitiarius*, et le seigneur féodal, qu'il désigne sous le nom de *dominus directus*.

(2) Sur Loysel, liv. 2, tit. 2, règl. 45. Il faut voir les coutumes et les commentateurs qu'il cite sur cette matière.

vait confondre ses cours, les tenir au même lieu, faire juger par les mêmes hommes, dans l'oubli des règles propres à chacune de ses justices; mais il ne pouvait se tromper dans l'objet de ses décisions, dans le caractère de ses justiciables et dans l'effet de ses condamnations. Les hommes de pooste ne pouvaient être à ses yeux des vassaux, ni leurs terres des fiefs, ni leurs coutumes des devoirs féodaux. La confusion ne s'est établie dans ces objets qu'alors que les institutions étaient elles-mêmes dénaturées; alors qu'il n'y avait plus de fiefs véritables, ni de vassaux réels, ni de vrais devoirs féodaux; et encore ce n'est point par erreur que certains droits de justice sont devenus des droits de fiefs, c'est par l'effet d'une intention formelle et persistante, à laquelle d'ailleurs la nature des choses a presque toujours efficacement résisté par le maintien des règles primitives et leur inscription dans quelque texte conservateur.

Mais là où les justices féodales et justicières se trouvaient dans des mains différentes, aucun envahissement ne pouvait s'opérer de l'une sur l'autre; jamais le justicier n'a pu prétendre juger féodalement, à moins de se constituer seigneur de fief; il a pu usurper les droits de son rival, mais non les attacher aux siens et en faire un élément de sa juridiction.

Aussi ce n'est point par leurs luttes ou leurs attaques réciproques que ces deux institutions judiciaires ont péri; elles ont succombé l'une et l'autre devant un ennemi commun : c'est la jnstice royale qui les a renversées et s'est élevée sur leurs débris.

Une plume habile et brillante a retracé l'histoire des conquêtes de la royauté sur la puissance seigneuriale dans leurs rapports avec le droit de juger (1). Il faut nécessairement recourir à cet exposé lumineux pour reconnaitre clairement le sort des juridictions patrimoniales. Je ne ferai donc ici qu'indiquer sommairement les vicissitudes de chacune d'elles et les évènements de leurs défaites respectives.

251. Les premiers rois de la troisième race n'avaient en réa-

(1) F. Hélie, *Instruct. crim.*, t. 1, p. 415 et suiv.

lité qu'un pouvoir seigneurial ; les comtes de Paris n'étaient que des comtes possédant des justices et des fiefs ; cependant ils étaient rois ; leurs possessions étaient un royaume et leur couronne était l'héritage de Charlemagne. Ces noms, ces titres, ces souvenirs renfermaient tout un avenir de puissance et de grandeur, comme ils en contenaient le passé. Louis-le-Gros le premier comprit et commença l'œuvre qui devait aboutir à la royauté de Louis XIV.

Son ambition sans doute était loin d'envisager un semblable résultat ; cependant, précisément parce que son but était indéterminé, les envahissements dont il jetait les fondements devaient être sans bornes.

Déjà les progrès de la monarchie, leur marche et leur caractère ont été signalés à notre attention dans les usurpations de la propriété territoriale ; dans les évènements du pouvoir judiciaire on retrouve les mêmes causes et les mêmes effets. La maxime que toute justice émane du roi s'est établie comme le principe que le roi est souverain fieffeux de son royaume. Les idées ont été une arme efficace pour la royauté dans ses guerres avec la féodalité, mais elles n'ont pas été les seules, et les justices seigneuriales ont souvent dû céder devant les violences qui rattachaient aussi les alleux au prétendu grand fief dont le roi de France était le suzerain.

C'est par l'idée de généralité que comporte nécessairement celle de la royauté que la justice royale s'est constituée ; les légistes ont supposé que le roi était *généraument* le souverain justicier du royaume, comme il était *généraument* le propriétaire de toutes les terres et avait *généraument* la garde de toutes les églises. Cette domination générale, tout en paraissant respecter les droits particuliers, planait sur l'ensemble des institutions sociales, toujours prête à en occuper les interstices ; or, ces interstices étaient nombreux et larges dans une organisation composée d'établissements juxtaposés, incohérents, et à l'arrangement desquels n'avaient présidé que des causes de désordre et d'anarchie. Ainsi la justice elle-même n'était, dans le fief comme dans l'institution justicière, qu'un pouvoir fort incomplet. L'usage et les institutions précédentes avaient consacré des juges et des tribunaux ; les compétences résultaient assez nettement de la nature

des droits ; mais les jugements n'avaient point de sanction ; leur exécution ne dérivait pas d'un pouvoir souverain dominant les juges et les justiciables. Sans doute, dans toute organisation sociale, le pouvoir exécutif est la force, et l'exécution des lois et des décisions jndiciaires, son applicatiou matérielle; mais l'énorme différence qui existe entre celle de la société et celle de l'individu est telle qu'elle exclut toute idée de résistance et de lutte. Il n'en était pas ainsi dans l'anarchie du moyeu âge : les justiciables étaient souvent aussi puissants que les juges, et les jugements demeuraient inexécutés faute de moyens d'exécution. Il n'existait donc véritablement de justice que coutre les faibles, et non pour eux (1).

D'un autre côté, les juridictions justicière, féodale, ecclésiastique et celle des communes n'atteignaient que leurs justiciables, savoir : les vassaux, les hommes de pooste, les clercs et les hommes de commune ; or, ces classifications n'embrassaient pas tous les citoyens. Les nobles de race, les possesseurs d'alleux nobles, les militaires libres du lien féodal, les justiciers de tout rang, les suzerains, échappaient à toutes les juridictions, et celui qui avait contre eux une injure ou un tort à réparer ne trouvait aucun tribunal dont ils fussent justiciables. Ces hommes, à l'égard desquels il n'existait pas de justice, étaient nombreux, et l'histoire en manifeste à chaque instant l'existence.

Le rôle de la royauté, disposant déjà d'une armée forte et nombreuse, était tout tracé. Louis-le-Gros se constitue le juge de ceux qui n'en ont pas, l'exécuteur des décisions rendues contre les puissants, et c'est par les armes qu'il fait reconnaître l'autorité qu'il rattache à son titre de roi, mais qu'en réalité il ne tient que de sa force et de sa supériorité.

252. M. Guizot a puisé dans les Mémoires de Suger des preuves très évidentes de ces premiers efforts de la royauté (2). Ce savant publiciste a fait remarquer, dans les exemples qu'il cite et qu'il

(1) Il faut voir, sur le défaut de justice au onzième siècle, le Cours d'histoire moderne de M. Guizot, 12e leçon.

(2) T. 4, p. 394 et suivantes.

traduit de ces mémoires, l'intervention du roi comme exécuteur des jugements et réparateur des injures pour lesquelles il n'existait point de tribunal. « Ainsi Louis-le-Gros, du vivant de son père, se » montrait déjà, pour le royaume de son père, un défenseur coura- » geux, pourvoyait aux besoins des églises, et, ce qui avait été » négligé longtemps, veillait à la sûreté des laboureurs, des artisans » et des pauvres... Dans son indignation, il réunit une petite ar- » mée à peine composée de 700 chevaliers, marche en toute hâte » vers Reims, venge en moins de deux mois, par des combats sans » cesse renouvelés, les torts faits anciennement aux églises, ravage » les terres du tyran et de ses complices, porte partout la désolation » et l'incendie... Il ne s'illustra pas moins en prêtant le secours » de ses armes à l'église d'Orléans... C'était par ces preuves de » valeur et d'autres encore que le seigneur futur de la France » s'élevait dans l'esprit de ses sujets et s'efforçait, avec une cou- » rageuse constance, toutes les fois qu'il s'en offrait quelque oc- » casion favorable, de pourvoir avec sagacité à l'administration » du royaume et de la chose publique, de dompter les rebelles et » de prendre ou soumettre, par tous les moyens possibles, les châ- » teaux signalés comme oppresseurs. »

Le rôle de la royauté dans ces actes de violence et de conquête paraît très manifeste, et M. Guizot le fait ressortir avec le talent qui le distingue si éminemment. Je dois néanmoins appeler l'attention sur un fait très grave et très significatif que constatent les documents donnés en exemple par ce savant publiciste, et qu'il n'a point fait remarquer.

Vers 1101, Bouchard, seigneur de Montmorency, et l'abbé de Saint-Denis, à la suite de contestations sur certains droits de justice, en étaient venus aux armes. « Ce fait, dit Suger, étant » venu aux oreilles du seigneur Louis, il en manifesta une vive » indignation, et n'eut point de repos qu'il n'eût contraint ledit » Bouchard, dûment sommé, à comparaître au château de Poissy » devant le roi son père, *et à s'en remettre à son jugement.* » Bouchard, ayant perdu sa cause, refusa de se soumettre à la » condamnation prononcée contre lui... (1). »

(1) Guizot, t. 4, p. 395.

Si le roi eût été le juge légitime de Bouchard, Louis n'aurait pas eu besoin de contraindre celui-ci à *s'en remettre au jugement* de son père. Il était donc nécessaire, dans la pensée des parties, que le seigneur de Montmorency consentît à soumettre à la décision royale ses différends avec l'abbé de Saint-Denis. Aussi ne lui fait-on pas application des règles ordinaires concernant les jugements féodaux ou justiciers ; Bouchard, quoique condamné, quoique refusant d'exécuter le jugement, n'est pas retenu prisonnier, « ce que n'eût pas permis la coutume des Français, » ajoute Suger. Il fallut recourir à la voie extraordinaire de la guerre, voie dont la royauté commençait à s'attribuer l'emploi pour suppléer au défaut de règles de droit. « Mais, dit Suger, » tous les maux et les calamités dont la majesté royale a droit » de punir la désobéissance de ses sujets, il les éprouva bien vite. »

Cet exemple, en même temps qu'il nous montre déjà dans les écrits du ministre de la royauté les idées de majesté royale et de sujets, de désobéissance et de droit de punir, nous apprend donc que le roi n'était pas le juge souverain de ses sujets et que ses jugements avaient besoin d'être consentis.

Ce caractère remarquable de la justice royale persistera longtemps, et jusqu'à une époque très avancée les nobles ne seront soumis à sa juridiction que de leur consentement ; les décisions de leurs procès auront l'apparence de l'arbitrage, longtemps sans doute après qu'elles auront cessé d'avoir cette nature ; dans les derniers temps encore, la formule de prorogation sera de style et un vestige d'une cause primitive dans le véritable sens aura cessé d'être compris.

253. La constitution du domaine public distinct du domaine du roi ne remonte pas au delà du seizième siècle ; jusque-là le roi, comme tout autre seigneur, avait des possessions de deux espèces, savoir des justices, *potestates*, et des seigneuries en directe ou en alleux, *terræ propriis nominibus distinctæ*. En conséquence il possédait des juridictions justicières et des juridictions féodales, suivant la nature de ses droits à l'égard de chaque lieu déterminé.

Mais la domination royale était bien autrement étendue ; elle embrassait tout le territoire qui reconnaissait sa puissance, et les

prétentions du trône à cet égard ne semblaient pas avoir de limites précises. Son pouvoir avait également un caractère tout différent de ceux du fief et de la justice justicière, et c'était à développer ce caractère que tendaient les efforts de la royauté.

Le testament de Philippe-Auguste, de 1190, présente l'administration de la justice dans un état conforme aux idées que je viens de rappeler. On y voit mentionnées deux sortes de possessions : les justices et les terres, et dans chacune d'elles un juge différent ayant une compétence distincte. Les prévôts sont les juges des justices justicières ; les baillis sont les administrateurs des terres possédées par le roi à titre distinct.

Art. 1. *In primis præcipimus, ut baillivi nostri, per singulos præpositos, in potestatibus nostris, ponant quatuor homines prudentes... sine quorum consilio negotia villæ non tractentur* (1).

Il s'agit bien ici de justice justicière, telle que nous en connaissons les éléments ; le territoire du prévôt est qualifié *potestas nostra ;* ses assesseurs sont les *homines prudentes*, les bons hommes du justicier ; il s'agit des affaires de la *villa ;* ainsi les justiciables sont les vilains.

Mais il en est autrement du bailli : Art. 2. *Et in* TERRIS NOSTRIS, QUÆ PROPRIIS NOMINIBUS DISTINCTÆ SUNT, BAILLIVOS NOSTROS *posuimus, qui in bailliviis suis, singulis mensibus, ponent unum diem, qui dicitur assisia, in quo* OMNES ILLI QUI CLAMOREM FACIENT *recipient jus suum per eos et justitiam sine dilatione, et nostra jura, et nostram justitiam et forefacta quæ propriè nostra sunt, ibi scribentur.* Ces officiers sont établis dans les terres du roi ; là ils rendent justice à tous et ils constatent les droits royaux, les redevances qui lui sont dues (2) et les amendes qui lui appartiennent.

Les baillis exerçaient à la fois la justice justicière et la justice féodale ; en effet dans les terres propres du roi, cette double ju-

(1) Coll. du Louvre, t. 1, p. 18.

(2) « *Justitia*, dit Delaurière, ne signifie pas ici justice, mais cens, redevance. »

ridiction lui appartenait. Mais, en outre, ils exerçaient la justice royale, c'est-à-dire cette justice qui tendait à comprendre dans sa compétence tous les sujets du royaume, grands et petits, quelle que fût leur race ou leur position. C'est ce qu'explique plus clairement encore une ordonnance de 1254. Art. 2. *Jurabunt ergò quòd quandiù commissam sibi tenebunt baillivam, tàm majoribus quàm mediocribus, tàm minoribus quàm advenis, tàm indigenis quàm subditis, sine personarum et nationum acceptione, jus reddent.* Ainsi la justice des baillis s'appliquait à tous sans exception de rang, de puissance, d'origine ou de qualité des personnes.

C'était une juridiction nouvelle, entièrement distincte de celles qui l'avaient précédée, comme la royauté différait de tous les pouvoirs existants. C'est pourquoi les baillis furent les juges spéciaux de tous les cas rattachés à la puissance royale, dits cas royaux et distingués des cas de fief ou de justice seigneuriale. C'est pourquoi encore les hommes qui par leur rang ou leur position échappaient à toutes les autres juridictions tombèrent sous celle des baillis. Ainsi les gentilshommes, dans les procès qui n'étaient pas de la compétence des justiciers seigneuriaux, ne furent justiciables que des baillis et non des prévôts ou châtelains royaux, ces derniers officiers n'ayant qu'une simple justice justicière (1).

254. Ce fut contre cette justice nouvelle que s'élevèrent toutes les résistances ayant pour objet le maintien des guerres privées; la guerre était le supplément naturel du défaut de justice. J'ai déjà expliqué le caractère de ce fait si étrange et si persistant dans l'histoire du moyen âge (nº 230). Il n'y avait guerre qu'entre ceux qui n'étaient justiciables de personne, ou à cause de leur noblesse, ou à raison de l'objet de la querelle. C'était précisément sur ces personnes et sur ces objets sans justice que prétendait s'étendre la juridiction royale; c'était pour forcer les gentilshommes à recourir à ses tribunaux que la royauté multipliait

(1) Anc. Répert., vº *Compétence*.

ses efforts contre l'usage des guerres privées, et c'était pour échapper à leurs condamnations que les nobles réclamaient le droit de guerroyer impunément. « Sur ce que porte l'ordonnance du 15
» mai 1305, lesdits nobles requièrent que tuit li gentilhommes
» puissent guerroyer les uns aux autres, sans meffait, et ne
» soient tenus de donner trèves, ne contraint, se partie le requiert,
» mais chevauchier, aller, venir et être à arme en guerre, et forfaire
» les uns aux autres, tantost après fait, ou défaille aux présens
» ou aux absens après la quarantaine (1). »

On voit qu'au quatorzième siècle la justice royale avait encore fait peu de progrès sous le rapport de sa juridiction nouvelle, ou que du moins la légitimité en était fort contestée ; mais à d'autres égards elle avait marché rapidement.

Un pouvoir à la fois administratif et judiciaire, comprenant les juridictions existantes et en outre une compétence indéterminée susceptible de s'étendre à tous les objets d'une attribution douteuse, était évidemment de nature à se développer et à se prêter à toutes les directions que la force voudrait lui imprimer. Ce fut aussi ce qui arriva : en même temps qu'elle saisissait tout ce qui échappait aux juridictions ordinaires, la justice royale tentait d'usurper sur celles-ci les droits qui leur appartenaient légitimement.

Les envahissements sur les justices féodales et justicières n'étaient pas une idée nouvelle et qui fût particulière au pouvoir royal. Depuis plus de deux siècles, ces institutions avaient à se défendre contre les empiétements perpétuels des juridictions ecclésiastiques. Les agents de la royauté n'avaient donc qu'à suivre une leçon d'agrandissement toute faite et une route toute tracée ; la brèche était pour ainsi dire ouverte, et depuis longtemps les justiciers et les féodaux étaient accoutumés à voir leurs compétences contestées et à en perdre de temps en temps quelques éléments.

255. Au-dessus des baillis et des prévôts était le parlement qui réunissait les diverses juridictions et formait le centre ou le point de départ de toutes les justices royales.

(1) Ordonnances du Louvre, t. 1, p. 564.

Le parlement était cour féodale ; c'était la cour suzeraine de tous les fiefs dont la suzeraineté appartenait au roi. Le jugement de toutes les questions féodales était donc de sa compétence, soit directement, quand il s'agissait des différends entre les barons immédiats, soit par voie de ressort, lorsqu'il y avait appel de vassaux subalternes.

Cette juridiction devait naturellement absorber toutes les justices féodales inférieures. Ces justices durent donc promptement périr. L'abolition des guerres privées frappa de mort l'institution même du fief comme établissement militaire, et par suite fit disparaître les contestations relatives au rapport de subordination de devoirs personnels, d'hommage, et à toutes les autres obligations véritablement féodales. Sous le rapport de la propriété, le domaine royal s'empara peu à peu, comme on l'a vu, de la plupart des bénéfices de la concession du fief : les démembrements, amortissements, affranchissements et autres violations de la loi du fief ne profitèrent plus qu'au roi comme souverain fieffeux. Dès le quinzième siècle, les Traités des fiefs, en France, ont cessé de parler d'autre chose que des lods et ventes, des reliefs, des censives, des aveux et dénombrements, en un mot, des droits utiles ; les coutumes rédigées ne s'occupent des droits du seigneur que sous le rapport du produit. Les cours féodales n'ont donc plus d'objet autre que ceux de la justice foncière. Nous connaissons le sort de cette juridiction, dernier débris de la justice féodale. On peut donc tenir pour certain qu'au seizième siècle il n'en restait rien, et que tout ce qui pouvait encore appartenir à la compétence du fief et à la justice familière du séniorat avait disparu ou s'était absorbé, soit dans la justice royale exercée par les baillis ou par les parlements, soit dans la justice justicière en ce qui concernait les exécutions de devoirs fonciers.

256. La justice justicière fit une plus longue et plus énergique résistance ; rien ne s'éteignit ou ne cessa dans les objets de sa compétence ; l'établissement des communes lui enleva bien dès l'abord quelques justiciables, mais ces établissements n'occupaient qu'une assez faible place dans l'étendue du territoire justicier, et d'ailleurs n'eurent, dans l'origine, lieu que dans les cités. Le

seigneur justicier resta donc en possession de ses vilains, et conserva longtemps sur eux sa juridiction comme il conservait ses droits utiles de toute espèce. Remarquez que l'affranchissement des mainmortes ne les enlevait pas à son tribunal : peut-être le seigneur avait-il plus de profit dans l'application des lois justicières que dans celles du servage.

D'un autre côté, ni les baillis ni les prévôts n'avaient droit de s'immiscer à son exercice; son territoire leur était fermé, en vertu du principe que chaque justicier était souverain dans sa justice.

Il était donc nécessaire d'altérer les règles admises pour faire pénétrer la juridiction royale dans le pouvoir justicier.

Les agents de la royauté employèrent plusieurs moyens à cet effet.

D'abord, ils accréditèrent le principe que toutes les justices du royaume étaient tenues en fief du roi. J'ai déjà parlé de ce principe (nº 174) et démontré son peu de fondement. Néanmoins, de gré ou de force, tous les justiciers durent reconnaître que leur justice était inféodée et que le roi était suzerain.

Cette règle n'excédait pas les idées féodales; au contraire, elle s'en rapprochait. Elle n'altérait la réalité qu'en ce qu'elle faisait de la condition de certaines justices la condition de toutes les justices.

Elle avait pour résultat de constituer le ressort, en d'autres termes, de donner ouverture à l'appel pour défaute de droit, voie propre à la hiérarchie féodale et qui, comme on le sait déjà (nº 131), n'existait pas dans la hiérarchie justicière. Beaumanoir pose le principe et déduit la conséquence; le but et le moyen sont très nettement expliqués par le bailli de Clermont : « Toute » coze qui est tenue comme justice laie (laïque) doit avoir res- » sort de segneur roi; et telle manière de ressort ont cil qui » tiennent en baronnie, en tant comme les baronnies s'entent. » Et s'il n'en font ce qu'ils doivent et qui appartient au ressort, » quant il en sont sommés soufisamment, on en pot aler au roi; » et en a li rois le connaissance. Car *toute laie juridiction* » *du roiaume est tenue du roi en fief ou arrière-fief*; *et por ce*

» *pot on venir en se çort, par voie de défaute de droit ou de*
» *faux jugement* (1). »

Les seigneurs justiciers opposèrent une faible résistance à l'établissement de cette maxime; la supposition d'une inféodation de leur justice leur donnait un appui contre les envahissements des cours ecclésiastiques; incapables de résister isolément à cette puissance usurpatrice, ils se livraient, comme leurs propres sujets, à la protection royale.

257. Lorsque la royauté eut pris un caractère prononcé et différent de la supériorité féodale, la cause de la dépendance des justices seigneuriales fut autrement exprimée. Des faits très graves s'étaient succédé. Les baillis et les prévôts avaient constamment cherché à s'introduire dans les justices justicières voisines des leurs. Ils y firent brèche par plusieurs endroits à la fois. D'abord ils imaginèrent les cas royaux, c'est-à-dire les méfaits qui blessaient directement l'autorité royale; c'était une imitation de l'usurpation ecclésiastique; la justice du roi et celle de l'Église s'appropriaient les justiciables du seigneur, l'une à raison de la violation des lois royales, l'autre à raison de la violation des lois de la conscience.

Les baillis s'introduisirent dans le territoire justicier par les grands chemins; on en attribua d'abord la propriété au roi, puis naturellement la justice des méfaits qui s'y commettaient.

Une fois un point de contact établi entre la justice royale et la justice seigneuriale, celle-ci devait perdre tous les jours quelque chose au conflit. C'est une étude fort curieuse que celle des usurpations successives des agents royaux : on peut la lire dans la série des ordonnances rendues sur les plaintes des justiciers seigneuriaux (2); chaque fois qu'il y est fait droit, ceux-ci, sous l'apparence d'une reconnaissance de leurs prérogatives, s'en voient enlever quelque portion; une partie des envahissements

---

(1) Cap. 2, n° 12.

(2) Voy. notamment l'ordonnance de saint Louis, de l'an 1254; de Philippe-le-Bel, de l'an 1301; de Philippe de Valois, de l'an 1338; du roi Jean, de l'an 1335; de Charles V, an 1356; de Charles VI, an 1408; de Charles VII, an 1443; de Charles VIII, an 1490; de François Ier, au 1538, etc.

est rejetée, mais l'autre est maintenue. Les parlements aussi venaient au secours des justiciers, et leurs jugements mêmes, auxquels ceux-ci devaient avoir recours, constataient la supériorité royale et tendaient à démontrer la dépendance des justices seigneuriales. C'était une nécessité pour celles-ci de recourir à la protection qui devait les anéantir. Les feudistes indépendants déclamaient vainement contre les usurpations des justiciers royaux, qui ne s'arrêtaient pas plus devant les critiques des jurisconsultes que les receveurs de l'enregistrement ne s'arrêtent aujourd'hui devant celles des rédacteurs du *Contrôleur*. Loyseau lui-même n'est pas sans quelque pitié pour le sort des justices seigneuriales, qui de son temps n'avaient plus qu'un souffle de vie. « Or, dit-il, comme, entre tous les animaux, les grands » mangent les petits, aussi non-seulement entre les hommes, » mais encore entre ceux de justice, cette même injustice » s'exerce de tout temps ; car les officiers royaux étant supérieurs » des subalternes, et d'ailleurs se fortifiant de l'autorité et in» térêt du roi, intentent journellement tant de nouvelles sortes » d'entreprises sur les justices seigneuriales, que si les parle» ments, *qui sont établis principalement pour tenir en devoir* » *les juges des provinces*, n'eussent quelquefois pris leur pro» tection, il y a longtemps que les seigneurs eussent été frustrés » de leurs justices (1). »

L'institution des communes avait porté à la puissance justicière un coup fatal, en donnant aux hommes de pooste un moyen de s'y soustraire en se plaçant sous celle du roi (n° 228) ; cette faculté, d'abord accordée aux villes et aux cités, et par conséquent aux localités, fut étendue, dans le treizième siècle, aux individus. Les rois, de leur autorité royale, établirent que, pour participer aux priviléges de telle commune, il n'était pas nécessaire de transporter son domicile sur le territoire de cette commune, et qu'il suffisait de se faire agréger au corps de la *bourgeoisie* et d'en supporter les charges. Cette innovation occasiona des réclamations auxquelles Philippe-le-Bel dut céder en

(1) *Des seigneuries*, ch. 12.

apparence, dans son règlement de 1287, lequel porte que celui qui à l'avenir voudra se faire agréger à une bourgeoisie ou commune sera tenu d'acheter dans le bourg une maison valant au moins 60 sols, et d'y résider depuis la veille de la Toussaint jusqu'à la veille de la Saint-Jean.

Mais cette restriction ne fut point exécutée ; en 1315, les nobles de Champagne se plaignaient vivement de ce qu'ils étaient « grevés et dommagiés pour cause de bourgeoisies, qui n'ont » mie été gardées suivant les ordonnances (1). » Des ordonnances de 1302, 1315, 1351 et 1375 prouvent que les plaintes étaient vaines et que le progrès des bourgeoisies personnelles continuait.

Enfin, les agents du domaine atteignirent le but qu'ils poursuivaient avec persistance, et, au seizième siècle, le droit et les effets de la bourgeoisie s'acquéraient par simple aveu ; de nombreuses coutumes consacrèrent ce principe que pour se soustraire à la justice de son juge naturel il suffisait de s'avouer bourgeois du roi. Les coutumes de Sens, Auxerre, Troyes et Vitry portent cette disposition formelle (2).

258. Au 16e siècle, la dispute n'avait plus pour objet que le fait et les compétences particulières ; le principe était depuis longtemps acquis à l'autorité royale et consacré par la maxime : « Toute justice émane du roi. » Ce principe était à la règle que toute justice est tenue en fief, ce que l'autorité royale était à l'autorité féodale, c'est-à-dire, bien plus puissant, plus large, plus fécond ou arbitraire ; par ces causes il convenait bien mieux aux agents royaux qui s'efforçaient de le substituer à la maxime féodale.

Il y avait sur ce point, encore au seizième siècle, une lutte fort vive entre les agents domaniaux et les jurisconsultes indépendants, les premiers soutenant que le roi ayant, de sa libre volonté, octroyé les justices seigneuriales, pouvait librement aussi les retirer et en disposer à son gré, les autres disant que, par l'inféodation du justicier, le roi ne s'était réservé que la di-

(1) Brussel, *Usage des fiefs*, p. 943.

(2) Voy. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, vº *Bourgeoisie*.

recte, le domaine utile étant irrévocablement transmis aux seigneurs et par conséquent ne pouvant leur être retiré hors des cas légitimes de commise féodale. On voit que les deux règles étaient loin d'avoir le même sens et la même portée.

Dumoulin, Loyseau et la plupart des autres jurisconsultes enseignaient encore la règle de Beaumanoir : mais leur système était singulièrement embarrassé. Il semblait tenir à la nature de la justice justicière d'être expliquée par des comparaisons poétiques; on a vu les images intervenir dans sa définition primitive (n° 152); elles figuraient également dans ses rapports avec la royauté. Quoi qu'il en soit, il résultait des explications communes aux fiscaux et aux feudistes qu'il n'existait réellement qu'une justice, dont le roi était la source unique.

« Bien que toutes les justices, disait Loyseau, dépendent du » roi, tant en ce qu'elles procèdent de lui et retournent à lui, » ainsi que tous les fleuves ont leur source et leur chute en la » mer, qu'en ce qu'elles lui appartiennent toutes, ou en pleine » propriété, ou du moins en directe seigneurie, relevant nécessairement de lui en fief, si est-ce que les unes sont exercées en » son nom et par ses officiers, les autres au nom des seigneurs » particuliers et par officiers pourvus par eux; c'est pourquoi » celles-ci sont appelées *seigneuriales* et celles-là particulièrement *royales* (1). »

« Encore, disait aussi Cazeneuve (2), que la jurisdiction soit attribuée aux seigneurs subalternes, qui ne l'ont que par anticipation, elle n'appartient, à proprement parler, qu'aux rois, » auxquels elle est essentielle. De sorte qu'il en est comme de la » lumière, laquelle étant communiquée à la lune et aux étoiles » par le soleil qui en est la source, on peut dire pourtant que la » lumière se trouve en éminence dans ce bel astre. »

Ces ridicules théories de la justice étaient peu propres à repousser les prétentions des agents royaux, et cependant Dumoulin n'avait pas mieux soutenu son opinion; tant il est vrai que

(1) *Des seigneuries*, ch. 13.
(2) *Traité du franc alleu*, p. 166.

l'aveu d'un faux principe, suffit pour rendre impossibles les défenses les plus légitimes : *A supremo principe*, dit-il, VELUT A MARI *fluunt omnes jurisdictiones, non quòd sint manuales, seu revocabiles ad nutum*, UT ADULATORES AULICI ET FORENSES QUÆSTUARII BLATERANT, SED QUÒD UT MEMBRA DEPENDENT A CAPITE. § 1, gl. 5, n° 49. Assurément en ajoutant aux comparaisons tirées de la mer et des étoiles celle tirée de la tête et des membres, Dumoulin ne justifiait pas davantage l'irrévocabilité des justices qu'il reconnaissait émanées du roi et partie de son domaine essentiellement inaliénable.

259. Au surplus, le système des agents royaux n'était ni plus vraisemblable, ni mieux fondé. Laissons parler Baquet, l'avocat du roi en la chambre du trésor :

« On tient en France pour maxime certaine que le roy seul » est fondé de droict commun en toute justice, haute, moyenne » et basse, partout son royaume. Et dit-on que *in eo*, *tanquam* » *principe summo, omnes thesauri dignitatum reconditi sunt;* » *et ab eo velut à fonte omnes iurisdictiones procedunt : sicut* » *omnia flumina per meatus terræ fluunt à mari, et ad mare* » *refluunt. Azo in summâ Bald. in § ad hor. de Allod.* » Aussi : *Lege regiâ omne imperium in Cæsarem transl. est,* » *omnisque populi potestas in principem transl. § item* » *in Institut., et Baldus in cap. quæ sint regalia*, dit que » *Rex, et quivis alius princeps qui est monarcha in suo* » *regno, est solus dominus sui territorii, et solus fundatus in* » *iurisdictione et imperio. Allegat caput Ubi periculum, de* » *elect. in sexto. Aluarotus in § ad hæc, de pace tenen. in* » *usib. feud.* Aussi on dit communément que *omnia sunt* » *principis, quantùm ad iurisdictionem. l. benè à Zenone* » *ubi glossa, in verbo, omnia. C. de quad. præscript.*

» Partant, *plusieurs sont d'advis* qu'aucun seigneur ne peut » prendre droict de justice, soit haute, moyenne ou basse, ne aucun fief, terre ou seigneurie située en France sans tiltre particulier, concession ou permission du roy, ou de ses prédécesseurs roys de France : *Quia à principe tanquàm à* » *fonte omnes jurisdictionum rivuli sive iura manant ;* » *et in Galliâ iurisdictionem nemo habere potest, nisi et*

» *concessione vel permissione principis* : comme disent nos » docteurs coustumiers, *maximè Chassanæus in consuetudinibus Burgundiæ*, *titulo* des justices. Et le texte *in cap. unico, quæ sint regalia, in usib. feud.*, dit que *potestas constituen*» *dorum magistratuum ad justiciam expediendam*, » *de regalibus est*. Aussi le jurisconsulte, *in l. 1. de offic. eius cui mand. est. iurisd.*, dit que *is iurisdict. vel imperium habet*, *cui lex*, *senatusconsultum vel princeps tribuit*: » ainsi qu'il fut plaidé en la cour l'onziesme aoust 1552, » pour la justice d'Assy, prétenduë par feu monsieur du » Mont.

» Tellement que si la justice d'un fief, terre et seigneurie est » saisie à la requeste d'un procureur du roy, le seigneur féodal est » tenu de faire apparoir de son prétendu droict de justice, par » titres suffisans et vallables; *quia ubicumquè est quæstio de* » *feudo, iurisdictione vel censu*, *possessor tenetur ostendere* » *titulum*, *sive actor*, *sive reus sit cap. unico*, *quid sit* » *investitura*, *in usib. feud. notat. Bald. in l. 2. c. Alexan*» *der, consilio* 129, *in primo vol.* (1). »

Depuis Baquet, les agents royaux n'ont rien trouvé de mieux ni de plus pour justifier dans ses causes la maxime qu'en France toute justice émane du roy. Cette doctrine fondamentale de notre droit public est empruntée aux lois romaines, aux usages de Barberousse, à l'opinion d'Azon, de Balde, d'Alvarotus, et autres jurisconsultes lombards, en un mot, à des législations et à des autorités étrangères aux institutions du royaume. Il est évident que si derrière de pareils motifs et de semblables raisons il n'eût pas existé une cause plus efficace, la justice royale n'aurait pas triomphé de ses rivales; sans l'intervention d'une autre logique que celle de Baquet, les seigneurs justiciers, malgré « l'avis de plusieurs, » n'auraient pas reconnu la nécessité de faire apparoir un titre de concession, nécessité qui les mettait à la merci du parlement. Mais les déductions des domanistes royaux s'appuyaient des armes royales, et devant les arguments de cette dernière espèce il fallut céder. Les annales judiciaires

(1) *Traité des droits de justice*, chap. 4.

nous présentent une multitude de justices seigneuriales confisquées, supprimées, *retirées*, comme disent les domanistes, souvent sous les prétextes les plus futiles, et pour en disposer à titre gratuit ou onéreux au profit de quelque officier du roi (1).

260. La puissance royale et son agrandissement sous le rapport du pouvoir judiciaire s'opéraient réellement et se manifestaient par les ordonnances; j'ai déjà parlé de celles qui, sous l'apparence d'une reconnaissance des justices seigneuriales, n'en consacraient réellement que les restrictions. D'autres agissaient plus directement en développant le principe des cas royaux (2); toutes les causes royales réelles ou autres, tous les officiers royaux furent soustraits à la juridiction justicière. D'un autre côté, sous prétexte de la négligence des justiciers seigneuriaux, les juges royaux se saisirent de toutes les causes appartenant aux premiers, sauf à leur en restituer la connaissance en cas de réclamation. Ce nouveau moyen fut qualifié de *prévention* et ses règles diverses achevèrent d'anéantir les justices seigneuriales. Plusieurs coutumes accordèrent aux juges royaux en toute matière la prévention sur les justiciers, sans renvoi, même sur la demande de ceux-ci (3). Le principe général, en matière civile,

---

(1) Le grand coutumier dit de Charles VI, liv. 4, rapporte l'exemple suivant; quoique peu sérieux dans son sujet, il est remarquable à raison de sa date et de l'empressement qu'il manifeste de saisir l'occasion de supprimer une justice seigneuriale : « Au bailliage de Melun, à ung prieuré duquel le » prieur avoit toute justice, un sergent du roy vint audict prieur et l'ajourna; » le prieur dict au sergent tels mots : Tu t'es moult travaillé, il te faut boire; » et après ces mots, mist le c... à bort et lui fist un p.... Cela fust rapporté au » roy, *qui le priva de toute sa haute justice;* ne oncques depuis n'eust *haute* » *ne moyenne justice*, fors censuelle. »

Toutes les justices de Paris furent supprimées au dix-septième siècle.

(2) Voy. l'état de la législation sur ce point, dans l'ouvrage précité de M. F. Hélie, § 76, et Loyseau, *Des seigneuries*, ch. 13.

(3) Cout. de Ponthieu, art. 183; Montereau, art. 6; Noyon, art. 39; Ribemont, art. 1; voy. Henrion de Pansey, v° *Justice*, § 8.

était que toute revendication ou demande en renvoi d'une cause portée devant le juge royal devait être formée avant la contestation en cause, *sed non post*, dit Dumoulin dans sa note sur l'art. 75 de la coutume du Maine.

En matière criminelle, les seigneurs avaient cessé presque généralement dès le 16e siècle d'exercer aucune justice; lors de la discussion de l'ordonnance de 1670, on proposait de supprimer partout la revendication du seigneur; l'avocat général Talon faisait observer, « qu'il est vrai *qu'il y a des coutumes* qui permet» tent de revendiquer les affaires criminelles, quand le juge royal » a prévenu; *mais l'on peut dire que l'usage les a réformées* et » que les juges royaux jouissent de la prévention, sans jamais » renvoyer les affaires criminelles dont ils sont une fois saisis. Néanmoins l'art 9, titre 1er, de l'ordonnance, autorisa le jugement des seigneurs, lorsqu'ils auraient informé et décrété dans les vingt-quatre heures après le crime commis; mais sans déroger aux coutumes qui donnaient au juge royal la prévention dans tous les cas.

En fait, la juridiction seigneuriale était donc, au 17e siècle, réduite à peu près aux causes de la moindre importance : dans la coutume du Boulonnais, par exemple, sa compétence était presque insaisissable: « De toutes matières de puits, porte l'art. 153, » *rivières* (1) et autres lieux dangereux, réfections de chemins, » ponts et passages, et toutes matières concernant les veuves, ser» vices, salaires et loyers, mineurs d'ans, insensés, orphelins et » autres gens misérables, en appartient la connaissance, par » prééminence et prérogative, au juge royal sans être soumis à » aucun renvoi. » Les justices seigneuriales n'avaient donc plus d'objet autre que les formalités des investitures, le paiement des redevances justicières ou féodales, et quelques autres plus ou moins étendues, suivant les localités (2).

---

(1) Voy., au chapitre des ordonnances, la disposition par laquelle toute juridiction est enlevée aux seigneurs, même sur les cours d'eau privés ou faisant partie de leurs domaines.

(2) J'ai pu consulter les registres d'une justice seigneuriale, depuis 1443

261. En droit, les justices justicières n'existaient plus depuis longtemps; le principe en avait été radicalement changé par les ordonnances, et la maxime que toute justice émane du roi, quoique fausse sous le rapport historique et justifiée par des considérations absurdes, était vraie dans la législation.

Les rois s'étaient de bonne heure immiscés dans l'exercice de la justice seigneuriale. Sous prétexte de l'intérêt de tous à la responsabilité des juges, Philippe IV, en 1287, défendit à tous les justiciers du royaume de choisir leurs officiers de justice parmi les clercs qui ne pouvaient être poursuivis que devant la juridiction ecclésiastique : *Ordinatum fuit per consilium domini regis, quòd duces, comites, barones, archiepiscopi et episcopi, abbates, capitula, collegia, milites, et generaliter omnes in regno Franciæ temporalem jurisdictionem habentes, ad exercendam dictam temporalem jurisdictionem baillivum, præpositum et servientes laïcos et nullatenùs clericos instituant* (1).

Une fois l'intervention du roi admise dans le choix des officiers seigneuriaux, on chercha à éloigner les seigneurs eux-mêmes de l'exercice de la justice. C'était un principe général que le justicier ne pouvait juger en personne; mais, au temps de Beaumanoir, ce principe recevait dans la pratique de nombreuses exceptions; au quatorzième siècle, la règle avait pris un autre caractère : le seigneur devait juger par bailli ou lieutenant. « Chacun selon » son tenement, dit Bouteiller, a jurisdiction et peut et doit faire » loi des cas advenus en sa terre si avant que sa jurisdiction le » comprend; mais *il convient qu'ils facent juger par autres* » *que par eux* (2). »

Ce droit commun fut bientôt transformé en une obligation

---

jusqu'à 1789; je n'y ai trouvé que des jugements relatifs à des créances mobilières, des gages de domestiques, des réparations de chemins et des constitutions de garde ou tutelle.

(1) Coll. du Louvre., t. Ier, p. 316. Remarquez que dans cette nomenclature on ne trouve que des possesseurs de justices justicières. On voit, en outre, que le roi n'était pas seul à avoir des baillis et des prévôts.

(2) Bouteiller, *Somme rurale*, tit. 3, § 3.



régulière ; par arrêt du 28 juin 1516, le parlement de Dijon avait enjoint « à tous les seigneurs ayant justice de com- » mettre et députer juges et officiers ordinaires pour vaquer à » l'exercice de leurs justices. » Au temps de Loyseau c'était une règle générale. L'ordonnance d'Orléans avait fait un pas de plus et un pas grave : l'art. 55 portait que « tous officiers de justices » ou jurisdictions subalternes.... seront examinés avant d'être » reçus par l'un de nos lieutenans, après sommaire information » de leur bonne vie et mœurs. »

Cette nécessité de recourir à l'autorité royale pour la nomination et le choix des officiers de leur justice avait évidemment anéanti aux mains de seigneurs ce que l'exercice du droit de juger pouvait tenir du caractère de puissance publique. C'était la pensée de l'ordonnance ; c'était celle des feudistes, et, légitime ou usurpatrice, l'autorité royale possédait seule le pouvoir judiciaire, dans le droit des institutions monarchiques qui régissaient la France. Il est difficile d'exprimer ce principe plus clairement que ne le fait Loyseau : « Finalement, quant à la » réception des officiers des seigneurs, si elle est nécessaire aux » officiers du roi, qui ont leur pouvoir de celui de qui tout pou- » voir provient, à plus forte raison l'est-elle en ceux qui sont » pourvus *par gens qui, n'ayant l'exercice d'aucune puissance » publique, ne le peuvent par conséquent bailler et attribuer » d'eux-mêmes à leurs officiers*, auxquels ils n'attribuent, par » leurs provisions, que le titre et seigneurie de l'office, qui » leur apporte *une aptitude à obtenir cette puissance publique*, » leur étant icelle appliquée par les magistrats qui en ont » pouvoir et *qui leur baillent la mission, l'ordre* et *le carac- » tère d'officiers publics* (1). »

Ce serait donc mal comprendre l'état des institutions qui régissaient la France au XVIIe siècle que de considérer les seigneurs justiciers comme revêtus d'une puissance publique quelconque dérivant de l'autorité judiciaire. Ils n'avaient ni le pouvoir de juger, ni celui de conférer ce droit. Ils n'étaient pas officiers publics, ils n'en avaient ni la mission, ni l'ordre, ni

(1) *Des offices des seigneurs*, chap. 2, n° 76.

le caractère. Cette mission, cet ordre, ce caractère n'appartenaient qu'aux officiers désignés par eux à la nomination royale : à ceux-ci seuls et non aux seigneurs, l'autorité judiciaire était déléguée par le roi, unique source de toute justice et au nom duquel toute juridiction était exercée.

L'édit du mois de mars 1693 confirma pleinement ces principes de notre droit public et eut pour objet de faire cesser les contestations qui s'étaient élevées sur une doctrine si manifestement contraire aux conditions du passé. Cet édit portait : « Nous » avons, par le présent édit, perpétuel et irrévocable, dit et or» donné..... que tous les particuliers qui seront ci-après pourvus » par les seigneurs, tant ecclésiastiques que séculiers, dans l'é» tendue de notre royaume, pour exercer les offices de judica» ture de leurs justices, soient tenus, avant d'en faire aucune » fonction, de se faire recevoir par les officiers de nos cours ou » juridictions royales, à leur choix, dans l'étendue desquelles » lesdites justices seigneuriales sont situées..... nonobstant » tous édits et *autres choses* à ce contraires, auxquels nous dé» rogeons.... (1). »

En présence de cette législation, la patrimonialité des justices n'était plus qu'un vain mot en ce qui concernait le droit de juger et tous les éléments du pouvoir judiciaire laissés aux justices seigneuriales. Le seigneur ne possédait pas ce droit, mais seulement un profit qui s'y rattachait, de même qu'aujourd'hui les offices vénaux sont pour la veuve ou pour les héritiers du titulaire une valeur appréciable et une sorte de propriété qui ne comprend aucun élément du pouvoir public. Depuis longtemps la disposition même de ce profit avait reçu de graves restrictions ; les démembrements et les inféodations ou créations de justices subalternes étaient, malgré le texte des coutumes, absolument interdits aux justiciers supérieurs. La possession même des hautes justices, malgré la résistance et les efforts de Dumoulin, n'était plus qu'une jouissance précaire, révocable au caprice du roi ou de ses agents, et à laquelle le nom même de propriété

(1) Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, v° *Justice*, § 29.

était refusé. C'est en ces termes que parlait Lapoix-Fréminville de la haute justice : « Le seigneur n'en est point *propriétaire* » incommutable ; il n'en a que l'usufruit qui ne consiste qu'au » privilége qu'il a d'en user pour lui-même, *si vrai qu'il est libre* » *au souverain d'ôter au seigneur cette justice et de la réunir* » *à sa justice supérieure*, *ainsi que bon lui semble* ; c'est ce » qui a été fait pour les justices de nombre de seigneuries qui » étaient dans l'enceinte de Paris, par édit du mois de février » 1674, et *ce qui arrive chaque fois que l'intérêt des peuples* » *semble l'exiger*, et pour lors le seigneur ne peut *ni la récla-* » *mer*, *ni se plaindre* (1). »

On conçoit l'empressement des seigneurs à convertir tous leurs droits de justice en droits de fief et à soustraire leurs possessions à une dénomination si compromettante.

262. Telles sont l'histoire et les vicissitudes du droit de juger dans l'institution des seigneuries justicières. Étranger à cette institution jusqu'au onzième siècle, s'il paraît s'y attacher dans les temps qui suivent, c'est par adjonction, par accroissement, et plutôt par le défaut ou l'abandon de la véritable autorité judiciaire, que par une cause inhérente au principe de la puissance justicière. Si l'on examine attentivement l'action des justices seigneuriales, on reconnaîtra que jamais le droit de juger n'a fait partie des éléments vrais, propres et naturels de ces justices. Peut-être faut-il attribuer à cette cause la facilité avec laquelle s'est établi le principe que toute justice émane du roi. Dans l'exercice de l'action judiciaire, les justiciers n'étaient fondés primitivement et naturellement qu'à l'égard des produits fiscaux et des résultats utiles des condamnations ; voilà pourquoi, sans doute aussi, cet élément ne leur a jamais échappé.

Quoi qu'il en soit, dès le quatorzième siècle, le seigneur justicier avait cessé d'être un juge et de posséder l'autorité judiciaire. Les vilains, justiciables des juridictions privées, recevaient leurs jugements du pouvoir royal ; le seigneur n'était qu'un déléga-

(1) Pratique des droits seigneuriaux, 1754, t. 4, p. 619.

taire de ce pouvoir, et, pour parler plus exactement, le véritable délégataire était l'officier du seigneur.

Ainsi le droit de juger était revenu à sa condition première ; étranger d'abord à la fortune justicière, puis momentanément introduit dans ses éléments, enfin définitivement exclu, il n'avait apparu dans l'histoire de cette institution si durable et si vivace que comme un accident et un accessoire passager. Combien donc se sont mépris les feudistes qui, dans leurs recherches sur les conditions primitives et légales de la justice seigneuriale, ne se sont attachés qu'au droit de juger !

Que le pouvoir judiciaire soit un élément essentiel, ou qu'il soit considéré seulement comme une annexe temporaire et hétérogène, toujours est-il qu'une différence profonde sépare le droit de juger de tous les autres droits constitutifs des justices seigneuriales. Il est évident que tous les droits utiles de la justice, c'est-à-dire ceux qui en faisaient une richesse et une puissance, n'avaient rien de commun avec le pouvoir de statuer sur les différends des hommes assujétis à cette puissance sous d'autres rapports. Ils existaient tous aux mains du justicier et leur libre disposition était un droit acquis pour lui depuis longtemps, lorsque celui de juger est venu s'y joindre. Celui-ci n'était donc ni la cause, ni la source de ceux qui l'avaient précédé. Il n'en était pas davantage la condition, car son existence n'eut sur eux aucun effet ; ils ne grandirent ni ne s'altérèrent tant qu'il dura ; sa ruine et son absorption dans la puissance royale n'y changèrent rien non plus. Les produits les plus voisins et les plus dépendants en apparence du pouvoir judiciaire n'éprouvèrent aucune modification des vicissitudes profondes qui firent naître et périr ce pouvoir dans les conditions seigneuriales ; les amendes, les confiscations, les produits quelconques des condamnations de toute espèce, propriété du justicier avant qu'il fût juge des délits reconnus et punis, le furent encore quand il eut cessé de l'être, et manifestèrent ainsi dans leur attribution une cause essentiellement différente de celle à laquelle se rattachait le droit de juger.

CHAPITRE IX.

DES ABUS DE L'AUTORITÉ SEIGNEURIALE ET DES DROITS QUI EN DÉRIVENT.

§ Ier.

DE L'USURPATION DANS LE PRINCIPE DES JUSTICES.

SOMMAIRE.

263. Transition.
264. Nature et origine diverses des institutions justicières. Conditions normales.
265. Des conditions dérivant de l'abus.
266. Causes principales de la désorganisation et de la chute du gouvernement des deux premières races.
267. Patrimonialité des fonctions publiques; opinion des publicistes à cet égard.
268. Opinion de Loyseau; exposé; critique.
269. Suite.
270. Exposé de l'opinion de Montesquieu.
271. Examen et critique de cette opinion.
272. De l'usurpation dans les fonctions justicières.
273. Précautions prises, sous la troisième race, contre la patrimonialité des fonctions publiques.
274. Usurpation des justices sous la troisième race.
275. Les justices usurpées sous la deuxième race étaient légitimes pour la royauté de la troisième.
276. Des prérogatives justicières purement abusives.

Peut-être est-il étrange d'appeler normal l'état de trouble et de révolution devant lequel ont succombé successivement les gouvernements de Rome et de Charlemagne et dont le pouvoir royal n'a triomphé qu'après six siècles de résistance. Cependant, au milieu des violations de toutes les lois organisatrices des constitutions attaquées et renversées, il y a lieu de distinguer.

J'appelle normal, dans l'anarchie des causes et des effets du régime seigneurial, le résultat des institutions mêmes, les conséquences des lois établies, bonnes ou mauvaises, leurs suites utiles ou désastreuses, leur application organisatrice ou subversive. Ainsi, la loi impériale donnait au chef du gouvernement la faculté de disposer des terres fiscales; la disposition de ces terres par les empereurs, puis par les rois germains, et, à la suite, l'appauvrissement et la spoliation du fisc, sont des conséquences logiques de ce principe légal; la transmission complète des biens fiscaux dans le domaine privé est, en ce sens, un résultat normal.

Il en est de même des délégations d'impôts au profit de particuliers; l'institution des *honores*, leur extension successive, et la conversion définitive de toutes les fonctions et de tous les profits fiscaux en jouissance héréditaire et privée, a produit la patrimonialité des justices, conséquences légales d'une faculté légitime.

Les fiefs eux-mêmes n'ont eu qu'une légitimité de cette nature; longtemps existant à l'état de fait illicite, le patrociniat a fini par prendre place au rang des conventions autorisées et protégées par la loi; le démembrement du sol, l'ébranlement du pouvoir et son écroulement en présence d'une multitude d'associations ennemies, n'est qu'une suite nécessaire des dispositions qui ont toléré les recommandations et les bénéfices.

C'est ainsi que l'histoire offre aux législateurs de grandes et profitables leçons, en leur montrant les conséquences terribles d'un principe imprudemment accueilli. Il est facile de reconnaître que tous les éléments énumérés jusqu'à présent portent ce caractère; toutes les conditions de la justice et du fief, exposées et discutées dans ce qui précède, sont des conséquences de règles admises et souvent établies par une autorité légitime; les droits les plus tyranniques et les plus intolérables découlent d'une institution légale.

265. Nous avons vu les droits de cens, de péage, de tonlieu, de guet, de transport, de past, de gîte, tous éléments du pouvoir justicier, dériver des textes de Théodose; les saisies, les confiscations découler des mêmes lois et des institutions germaines. Mais les droits d'épaves, la propriété des chemins, celle des vacants, des biens communs, n'ont point leur origine dans les dispositions des lois précédentes; nous avons parcouru presque entière la catégorie si nombreuse des droits de justice, et nous n'avons pas encore rencontré les garennes, ni les banalités. Ces droits ne semblent pouvoir se rattacher à aucune des causes qui nous sont connues; on ne les rencontre point dans les fonctions du *judex* romain; les dévolutions de profits fiscaux ne les comprennent pas. On ne peut non plus les ranger dans les stipulations féodales, ni dans les obligations du vasselage; ils ne sont pas davantage une condition naturelle du servage, ou un privilége de noblesse. En un mot, rien ne les rattache aux causes que nous avons indiquées comme celles du pouvoir féodal ou justicier.

C'est qu'en effet toutes les attributions seigneuriales sous lesquelles gémissaient le vassal ou le vilain ne prennent pas leur source au même lieu; il en est auxquelles on ne peut assigner d'autre origine que la force et la violence, l'abus du pouvoir et le pillage à main armée. Plus d'une fois, dans l'examen des droits de justice, j'ai dû signaler des faits de cette nature : il était impossible de les omettre entièrement et de séparer absolument, dans leur exposé, l'exaction légale de l'exaction abusive; elles ont grandi simultanément et la connaissance de l'une était nécessaire à l'intelligence de l'autre.

Le plus souvent les mêmes documents les révèlent et les attestent; c'est dans les actes législatifs qu'on trouve indiqués les droits légitimes et les abus; ces derniers sont prévus, réprimés, punis, mais la fréquence des dispositions constate la fréquence du fait et l'impuissance du législateur.

Les faits abusifs de cette espèce ne sauraient être imputés à la loi; ils sont l'œuvre de celui qui doit l'exécuter. Ainsi, lorsque le prince délivre au *missus* une *tractoria*, lors même qu'il confère à l'immuniste le droit perpétuel de parcourir son immunité aux frais des tributaires, il n'autorise ni l'un ni l'autre à exagé-

rer les redevances, à recevoir en échange des terres et des maisons, à s'approprier les chevaux et les voitures, à s'établir à demeure dans les lieux de passage ; lorqu'il donne au comte le pouvoir d'assembler les hommes qui doivent juger, ou de désigner ceux qui doivent faire partie du contingent militaire, c'est dans l'intérêt public et non pour qu'il y trouve une occasion de rachat illégitime ou un moyen forcé de recommandation et de patrocinat. Cependant ces abus ont enfanté des droits que les populations ont dû subir, que le temps a légitimés et que les coutumes ont sanctionnés.

Il est évident que les droits seigneuriaux de cette catégorie, quoique confondus avec les premiers, sont distincts aux yeux du jurisconsulte historien et devaient être examinés séparément.

C'est cette catégorie qui nous reste à parcourir et dans laquelle nous trouverons les garennes dont nous avons fait l'histoire et dont nous connaissons les vicissitudes. La distinction des droits seigneuriaux en droits dérivant d'une cause légitime, et en droits n'ayant d'autre cause que l'abus particulier, n'a pas seulement pour utilité de montrer dans les exactions seigneuriales deux sources différentes, toutes deux odieuses, mais dont l'une est plus justement exécrable que l'autre : elle conduit encore à un résultat très important dans la dissertation, savoir, que les unes dérivant d'une cause générale ont pu également être générales et se retrouver à peu près partout, tandis que les autres découlant d'une cause particulière n'ont eu qu'une existence locale, exceptionnelle et qui a toujours eu besoin d'être spécialement démontrée.

J'ai déjà déduit cette observation de l'histoire des garennes ; elle ressortira plus puissante et plus manifeste des considérations radicales et des conditions essentielles de ce droit.

Le caractère exceptionnel, particulier, improbable de la banalité d'une rivière, sera plus évident lorsqu'il sera reconnu celui de toutes les banalités justicières parce qu'elles dérivent toutes et nécessairement de l'abus d'un pouvoir déjà naturellement oppressif et odieux.

266. Dans toutes les organisations, et sous tous les modes de gouvernement, les chefs revêtus du pouvoir suprême ne peu-

vent agir que par l'intermédiaire de subalternes qui, dans certaines limites, doivent rester maîtres de leurs actions. C'est une nécessité de l'humanité sociale de supposer dans le fonctionnaire la loyauté, le civisme et la volonté de bien faire ; la défiance et l'emploi des garanties ont des bornes qui laissent à l'exercice d'un pouvoir quelconque une inévitable liberté pour le mal; c'est l'erreur de l'inexpérience que de supposer à des textes ou à des dispositions pénales la possibilité d'y mettre un obstacle absolu. La moralité du juge ou de l'administrateur est le gage le plus assuré d'une bonne justice et du respect aux droit des citoyens.

Mais il est des époques où les idées de devoir sont sans force et sans crédit ; alors, quelles que soient les précautions du législateur, les menaces des institutions et les soins du chef suprême, l'exécution des lois et l'action du pouvoir social deviennent, aux mains des fonctionnaires, des moyens de fortune privée, d'usurpations ambitieuses, et dans ce but une cause féconde d'oppression et de renversement. Les gouvernements ne peuvent alors que s'écrouler et se détruire. La première condition de leur existence est le dévouement, le patriotisme et la probité de leurs agents.

Si la royauté de la troisième race s'est élevée et a grandi en présence de la féodalité devant laquelle les précédentes avaient succombé, c'est précisément à l'esprit féodal qu'elle le doit ; le roi, chef suzerain du fief le plus puissant et le plus étendu, a été fidèlement servi par ses vassaux directs ; ses officiers ont été dévoués ; les légistes ont sincèrement travaillé dans l'intérêt de la royauté ; le trône a été l'objet de leur respect et de leur affection commune; tous leurs efforts ont été dirigés dans un même but ; l'amour du roi, le bien de la couronne ont été le mobile de tous ses agents ; leurs abus mêmes, leurs empiètements perpétuels, avaient pour objet l'agrandissement du domaine et du pouvoir royal ; jusque dans leurs concussions privées, le fisc trouvait un bénéfice : les plus illégales extorsions des officiers et leurs excès les plus manifestes tournaient au profit de l'autorité suprême à laquelle ils se rattachaient comme un droit légitime.

Les gouvernements précédents n'avaient, au contraire, point d'ennemis plus à craindre que leurs propres agents ; la démoralisation des derniers siècles de la domination romaine, démoralisation qui s'accrut, loin de s'atténuer, quand elle s'unit à la

grossièreté des chefs barbares, avait éteint le sentiment du patriotisme. L'amour de la patrie suppose une patrie, c'est-à-dire des murs ou un drapeau : l'empire de Rome, comprenant le monde, ne pouvait avoir ce caractère ; le christianisme tendait à y substituer l'amour de l'humanité ; mais un sentiment aussi vague et qui ne connaît point d'ennemi ne peut constituer un préfet fidèle ou un soldat dévoué.

267. Tel a été l'état moral des populations depuis le troisième siècle jusqu'au onzième ; le pouvoir central ne pouvait s'appuyer sur aucune tendance ; toutes au contraire s'en éloignaient et l'abandonnaient. Le dévouement se réfugiait dans les associations religieuses, dans les sectes et dans les croyances, dans le patrociniat, dans l'arimannie germaine, puis dans les confédérations de communes ou féodales, où il grandit et s'exalta parce qu'il devint une condition de vie.

Et comment pouvait-il en être autrement ? Si l'empire de Théodose avait cessé d'être une patrie parce qu'il était sans murs et sans limites, celui des rois barbares ne pouvait avoir ce caractère : quelle était donc la patrie des sujets de Clotaire ou de Charles-le-Chauve ? quel lien existait entre eux ? quel intérêt commun distinguait leurs concitoyens de leurs ennemis ? quelle cause pouvait animer le sentiment de dévouement et l'amour du pays ? à qui pouvaient-ils sacrifier leur intérêt personnel ?Les armées comme les territoires changeaient à chaque évènement de gouvernement et de partis : les populations passaient du joug des Romains à celui des Francs, des Bretons, des Bourguignons, des Normands ; les chefs de ces peuplades errantes se les partageaient comme un bétail, et dans le même siècle la même cité a changé dix fois de maître et de nationalité.

Aussi, dans les actes qui constituent l'histoire de ces siècles d'anarchie, rencontre-t-on parfois des traces de dévouement à la personne d'un chef, aux intérêts d'une confédération, d'une église, d'un monastère, d'une religion, mais au pays, jamais ; il n'y a point de pays, point de patrie, point de concitoyens. Les lois qui en reproduisent les expressions. empruntées à des textes d'une organisation qui n'est plus, font usage de termes évidemment étrangers aux temps et aux choses qu'elles doivent régir.

Les rois parlent vainement de leur peuple et de la république; ils n'ont point de peuple et il n'existe point de chose publique. Charlemagne seul a pu tenir ce langage dans l'empire qu'il a créé et qui ne lui a point survécu.

Il est evident qu'alors les hommes revêtus du pouvoir et de l'action gouvernementale ne pouvaient être animés du sentiment d'intérêt général, que n'éprouvaient pas ceux auxquels ils allaient commander. L'intérêt personnel dominait seul et ne devait pas plus respecter celui des chefs de l'État que celui de leurs sujets.

J'ai déja souvent rappelé l'esprit de pillage et de spoliation que manifestent les actes du troisième au onzième siècle; c'est dans cet esprit que j'ai puisé le sens véritable des noms de la nomenclature justicière (nº 64); c'est là que j'ai trouvé l'explication de la nature et de la consistance des droits seigneuriaux; je dois encore y trouver la cause de toutes les attributions qui ont pris naissance dans l'abus.

Je ne crois point exagérer l'immoralité de ces époques barbares en disant que nul n'approchait ou ne servait le pouvoir souverain que pour s'enrichir. Les dons et les présents étaient le lien même de l'association séniorale; la fidélité, l'hommage, la foi, s'achetaient et se payaient en valeurs commerciales. Les rois ne furent puissants que tant qu'ils eurent à donner; une fois leur richesse épuisée, leur pouvoir s'évanouit. Le clergé lui-même ne préconisa que les princes généreux a son égard; quand il n'exista plus de terres fiscales à distribuer aux évêchés et aux monastères, quand tous les établissements religieux furent immunes ou concessionnaires d'honneurs territoriaux, ils désertèrent la cause royale et se joignirent à ceux qui se partageaient ses dernières dépouilles.

Il serait difficile d'indiquer, dans les choses terrestres, sociales ou religieuses, laquelle ne fut pas l'objet de la convoitise, de l'usurpation et de l'appropriation privée.

268. Deux célèbres écrivains, dont les opinions si souvent opposées se retrouvent dans toutes les considérations du régime féodal, ont dû nécessairement s'expliquer sur la cause qui fit tomber aux mains des comtes et des grands officiers la propriété de leurs offices et de tous les profits qui dépendaient de leur exercice.

Loyseau la rattache tout entière à l'usurpation; Montesquieu n'y voit qu'une délégation libre de la part des rois.

Cette manière différente d'envisager un même évènement constitue le système de chacun d'eux. C'est à la fois le principe et l'objet de leur ouvrage; on peut dire que Loyseau a fait son livre pour constater l'usurpation des seigneurs, et Montesquieu le sien pour repousser cette idée historique (nº 49).

J'ai déjà fait connaître l'intention du premier et le but qu'il se proposait d'atteindre; je dois ici donner quelques détails sur sa théorie, car les opinions qui ont dominé font partie du droit et de son histoire.

« Pour le regard de nos Français, dit-il (1), quand ils con-
» questèrent les Gaules, c'est chose certaine qu'ils se firent sei-
» gneurs des personnes et des biens d'icelles; *j'entends seigneurs*
» *parfaits, tant en la seigneurie publique qu'en la propriété*
» *ou seigneurie privée.*

» Quant aux personnes, *ils firent les naturels du pays* serfs,
» non pas toutefois d'entière servitude, mais tels à peu près que
» ceux que les Romains appelaient *censitos seu adscriptitios*, ou
» *colonos, seu glebæ adscriptos*, qui étaient deux diverses espè-
» ces de demi-serfs, s'il faut ainsi parler, dont les premiers sont
» appelés en nos coutumes gens de mainmorte, *id est mortuæ*
» *potestatis* ou gens de pooste, *id est alienæ potestatis* (2).

. . . .

» Quant aux terres de la Gaule, les Français les confisquèrent
» toutes, c'est-à-dire *attribuèrent à leur état, l'une et l'autre*
» *seigneurie d'icelles.* »

A l'appui de ce système si complet et si absolu, Loyseau ne fournit aucune preuve; il ne cherche pas à démontrer autrement l'appropriation des personnes et des choses du peuple vaincu au profit de *nos Français*; c'est chose certaine, dit-il, et tout est dit.

---

(1) Des seigneuries, chap. 1, 2, 54, 55.

(2) Loyseau confond les hommes de pooste et les serfs ou hommes de mainmorte; cette confusion est radicale et met dans un grand jour l'erreur des feudistes de cette époque. (V. *suprà*, nºˢ 130 et 133.)

Depuis que l'intérêt du monarque et des castes nobiliaires a cessé d'être en jeu dans nos études historiques, la vérité s'est fait jour sur le caractère de l'établissement des nations barbares et sur les évènements constitutifs des gouvernements qui ont succédé à la domination romaine.

Les travaux des historiens, dirigés dans un esprit d'indépendance et de liberté, sont arrivés généralement au même résultat, la persistance de l'état des choses et de celui des personnes, et le maintien de la propriété après la conquête ou l'avènement de Clovis: les spoliations, les confiscations, l'asservissement n'ont été que des faits particuliers et non des conditions générales d'institutions nouvelles, remplaçant radicalement et subitement les précédentes. Tous les écrits récents ont tendu à démontrer cette assertion du savant Hauteserre déjà cité : *Franci rerum facti domini in Galliâ, statum provinciarum à Romanis institutum non attigerunt* (1).

État de choses plein de misère, de violence et d'iniquité, sans doute, mais non plus misérable et plus violent qu'au temps où l'administration suprême avait son siége au delà des Alpes et s'appelait empire d'Occident. En un mot, il n'est pas vrai, comme le suppose Loyseau, que tous les Gallo-Romains soient devenus les esclaves, ni toutes les terres romaines la propriété des Français victorieux. Mais le jurisconsulte avait besoin d'une thèse qui attribuât aux successeurs de Clovis un droit absolu sur la personne et sur le sol de leur royaume; au moyen de cette donnée historique il arrivait directement à son but. En effet, après avoir ainsi attribué à l'état des Français l'une et l'autre seigneurie de toutes les choses, il ajoute :

« Hors celles qu'ils retinrent au domaine du prince, ils distri- » buèrent toutes les autres par climats et territoires aux princi- » paux chefs et capitaines de leur nation, donnant à tel toute » une province à titre de duché, à tel autre un pays de frontière » à titre de marquisat, à un autre une ville avec son territoire » adjacent à titre de comté... Mais ces terres ne leur étaient pas » baillées *optimo jure* pour en jouir en parfaite seigneurie;

(1) Voy. les ouvrages de MM. Guizot, Thierry, Lehuérou, de Peligny, etc.

» voulant établir une monarchie assurée, ils en retinrent par » devers l'État, non-seulement la seigneurie publique, mais aussi » se réservèrent un droit sur la seigneurie privée, qui n'avait » point été connu par les Romains, droit que nous avons appelé » *seigneurie directe*, qui est une espèce de seigneurie privée. »

C'est sur cette supposition que Loyseau et avec lui tous les juristes domaniaux fondaient la *directe universelle* dont il a été déjà suffisamment parlé et dont l'emploi dans les envahissements du fisc nous est connu. Peut-être atteignait-elle trop exactement le but de ceux qui l'invoquaient pour qu'il ne fût pas permis de douter de leur sincérité dans une assertion que rien ne démontre.

Quoi qu'il en soit, c'est ainsi que les gens du roi étaient arrivés à lui dire : Sire, vos sujets, leurs biens, leurs possessions, tout est à vous ; et les croyances historiques de ces sujets eux-mêmes, puisées dans des écrits investis d'un crédit universel, confirmaient la flatterie fiscale dans son application et ses profits.

269. Cependant restait aux mains des seigneurs la puissance justicière dont l'indépendance et la patrimonialité étaient encore un obstacle à l'absolutisme du pouvoir royal. Loyseau cherche dans l'histoire la solution de la difficulté.

« (N° 71.) Toutefois il faut noter que toute la seigneurie qu'a» vaient ces capitaines sur les terres et sur les personnes n'était » qu'une seigneurie privée, demeurant jusqu'alors la seigneurie » publique entièrement par devant le prince souverain, selon sa » vraie nature. (N° 73.) Il est vrai qu'ils avaient le commandement » et la puissance publique en qualité d'officiers..... (N° 79.) Mais » quelque commandement ou puissance publique qu'eussent les » ducs, marquis et comtes de leur première institution, si est-ce » qu'ils ne l'avaient que par forme d'administration comme offi» ciers, mais non pas en propriété comme seigneurie : mais, pour » l'affinité qu'il y a entre la puissance des officiers et celle des » seigneurs, il a été facile à ces anciens ducs et comtes de changer » leurs offices en seigneuries......(N° 81.) Ainsi, outre la seigneu» rie privée accordée à ces seigneurs, tant des terres de leur dé» troit que des personnes des Gaulois, ils ont encore usurpé une » espèce de seigneurie publique, c'est-à-dire une propriété de la » puissance publique. »

Déjà, dans son traité de *l'Abus des justices de village*, Loyseau avait expliqué fort au long les moyens d'usurpation employés par les seigneurs pour s'approprier leurs offices; il les annexèrent, dit-il, « adroitement avec leurs domaine et seigneurie, et ainsi » comme leur domaine était après leur mort transféré à leurs hé- » ritiers, aussi fut désormais leur dignité et fonction, qui était » principalement de rendre la justice. »

L'usurpation des comtes et officiers supérieurs fut, d'après notre auteur, un exemple que suivirent les officiers subalternes, et les justices de toute sorte tombèrent ainsi dans le domaine privé.

A cette cause d'appropriation des fonctions publiques, Loyseau en ajoute beaucoup d'autres : d'abord l'habitude où étaient, dès le temps de César, les habitants des villages de recourir à la décision du seigneur du lieu, dont l'arbitrage d'abord volontaire devint bientôt une juridiction forcée ; puis les concessions de fiefs et de manoirs féodaux, dans lesquels les concessionnaires supposèrent le transport de la justice en abusant de la maxime : *Concesso castro censetur concessa jurisdictio*; ensuite les termes *cum hominibus*, généralement contenus dans les constitutions de fiefs, termes auxquels les vassaux donnèrent la valeur d'une concession de justice, transformant les *hommes de fiefs* dont l'acte faisait mention en *hommes de pooste*, sujets des justiciers et supposant l'autorité justicière ; enfin les parages, c'est-à-dire les partages de fiefs entre cohéritiers, dans lesquels chaque copartageant a voulu avoir une justice égale à celles des autres, ce qui en a considérablement multiplié le nombre.

Ainsi Loyseau ne reconnait de légitime aucune justice aux mains des seigneurs ; il n'admet pas davantage un titre à la justice cléricale : « Surtout les ecclésiastiques, ajoute-t-il, se » sont attribué justice en toutes leurs terres, parce qu'ils sou- » tenaient que ce qui était donné à Dieu était ôté à la puissance » des hommes. . . . .
» Mais c'est bien la vérité que les ecclésiastiques sont moins » capables de la haute justice et du droit de glaive que les autres, » comme le prouve ce qui fut dit à saint Pierre : *Mitte gladium* » *tuum in vaginam.* » On doit avouer que de part et d'autre les raisons étaient également peu décisives.

Le jurisconsulte résume ainsi ses doctrines historiques : » Sous ces prétextes ont été concédées ou usurpées les hautes » justices de France, et pour le regard des basses leur vraie et » premiere origine vient sans doute des prévôtés que les comtes » premièrement, puis après les vicomtes, barons et châtelains, » ont usurpées comme il a été dit ci-devant.»

Ainsi juridiction civile, juridiction ecclésiastique, hautes et basses justices sont également le résultat de l'usurpation, et le temps seul a consacré cette appropriation des fonctions publiques. Le roi devra-t-il respecter un abus de pouvoir qui blesse si profondément sa puissance et nuit si gravement à l'exercice de son autorité absolue? Non sans doute : ni les choses publiques ni les concessions précaires ne sont susceptibles de prescription ; ni la durée de la possession, ni la longue jouissance, ni même l'idée de propriété ne peuvent conférer un titre légitime. Le roi est donc fondé en droit et en toute justice à reprendre cette puissance qu'il a bien voulu trop longtemps souffrir aux mains de ses sujets.

Voilà le système de Loyseau ; c'est celui de tous les feudistes qui ont écrit pour le domaine, depuis le XVIe siècle ; il n'était pas besoin d'en chercher d'autre ; il donnait tout au roi ; les agents fiscaux n'avaient point à désirer de principe plus satisfaisant.

Dans ce système, tous les droits de justice sont le produit de l'abus et de l'usurpation, mais la partie blessée n'est pas la personne des sujets opprimés par les exactions qui les constituent ; c'est le roi, auquel les profits de ces exactions appartiennent et qui en a été injustement frustré.

Quant aux redevables, l'oppression qu'ils subissent n'est que la conséquence de la conquête ; ils ont été faits serfs par les lois de la victoire ; ils ne sont maîtres ni de leurs biens, ni de leurs personnes ; la querelle ne peut s'élever qu'au sujet de leurs dépouilles que se disputent les seigneurs et la royauté ; ils sont désintéressés dans la discussion (1).

(1) Qu'importe qui les mange ou d'Hercule ou des loups ?

270. Montesquieu ne se proposait ni de favoriser ni de combattre les prétentions fiscales; sous ce rapport, il n'avait point à repousser les doctrines de Loyseau ; mais ces doctrines présentaient les familles nobles comme ayant originairement été les ennemis les plus terribles de la royauté affaiblie par leurs usurpations ; ayant profité de l'incapacité des rois pour se créer un pouvoir indépendant, des débris de la puissance légitime ; s'étant enfin enrichis des dépouilles du domaine et de l'autorité qu'ils s'étaient engagés à défendre et à maintenir. De tels résultats contrariaient singulièrement le système de Montesquieu, dont le but était de montrer l'aristocratie comme le premier, le plus ferme, le constant soutien de la monarchie. Il n'était pas facile, en effet, de concilier l'honneur et le dévouement, dont l'Esprit des lois fait l'âme et l'essence de la noblesse, avec la trahison, la déloyauté et les déprédations que suppose nécessairement la théorie de Loyseau.

« D'autres gens, dit le célèbre juriste, ont pris une voie plus » courte : Les seigneurs ont usurpé les justices, ont-ils dit, et » tout a été dit.... Je prie de voir dans Loyseau quelle est la » manière dont il suppose que les seigneurs procédèrent pour » former et usurper leurs diverses justices. Il faudrait qu'ils » eussent été les gens du monde les plus raffinés, et qu'ils eus- » sent volé, non pas comme les guerriers pillent, mais comme » des juges de village et des procureurs se volent entre eux. » Il faudrait dire que ces guerriers, dans toutes les provinces » particulières du royaume et dans tant de royaumes, auraient » fait un système général de politique. Loyseau les fait rai- » sonner comme dans son cabinet il raisonnait lui-même. »

Ces considérations me paraissent peu concluantes ; je ne vois pas ce qu'exigeait de raffinement et de système l'usurpation des charges administratives ou des fonctions militaires ; dès l'instant que les seigneurs étaient assez raffinés pour obtenir et se disputer les justices, ce qui assurément est incontestable, je ne conçois pas qu'ils ne fussent pas capables de continuer les mêmes efforts pour s'y maintenir, et par suite pour les transmettre à leurs enfants ; il vient un âge où l'homme ne fait qu'un avec sa postérité et où toute ambition la comprend.

L'appropriation des offices et par suite des profits qu'ils com-

portaient me paraît au contraire l'œuvre d'un esprit barbare et grossier; les moyens que l'histoire nous révèle sont la violence dans ce qu'elle a de plus rude et de plus matériel; c'est la guerre, la rébellion; la lutte des vassaux de la couronne contre Louis-le-Débonnaire et ses successeurs ne ressemble en rien à la lutte dans laquelle des procureurs se volent entre eux.

Montesquieu, dans sa discussion avec Loyseau, me semble avoir commis la même erreur que dans sa querelle avec Dubos, au sujet de la persistance de l'impôt romain sous la domination des Francs (nº 180).

« Des peuples simples, dit-il, pauvres, libres, guerriers, » pasteurs, qui vivaient sans industrie, ne tenaient à leurs terres » que par des cases de jonc, suivaient des chefs pour faire du » butin et non pas pour payer ou lever des tributs (1). »

Les Francs, sous Clovis, n'étaient plus ces peuplades sauvages des forêts de la Germanie; depuis plus d'un siècle ils habitaient le territoire civilisé par la domination romaine; leurs chefs connaissaient depuis longtemps les avantages du pouvoir, et notamment tous les profits des fonctions publiques; sans doute ils étaient forts avides de butin, mais cet objet de leurs courses n'empêchait pas leur établissement d'avoir aussi pour but de lever des tributs, lesquels étaient également un butin.

De même aussi les seigneurs qui arrachèrent à la faiblesse de Charles-le-Chauve, en 877 (nº 72), l'édit qui déclare leurs fonctions patrimoniales, n'étaient plus ces guerriers simples, inhabiles et imprévoyants que Montesquieu suppose. En fait de pouvoir et d'ambition leur race avait quatre siècles d'expérience; le résultat définitif de leurs efforts avait mis tout ce temps à se produire et il fallut encore deux siècles pour qu'il s'accomplit entièrement.

271. Vainement Montesquieu, pour légitimer l'appropriation des justices, s'efforce, dans l'oubli de la nature même de cette autorité, d'en faire un élément de fief, et d'en rattacher la con-

(1) Liv. 30, chap. 12.

cession aux conventions féodales, il n'arrive point à dégager la patrimonialité des fonctions d'une origine injuste et violente. En supposant que les attributions faites par les rois aux grands qui les entouraient fussent des fiefs, les moyens employés pour les obtenir et pour les conserver n'ont pas changé de nature.

L'histoire de ces époques est pleine de meurtres et d'assassinats; les comtes se maintiennent dans leurs comtés par les mêmes voies que les rois se soutiennent sur le trône; les maires qui disposent des charges sont tour à tour égorgés; c'est dans cette lutte que périt la première race, lutte dont deux femmes célèbres furent les représentants, et dont le résultat fut l'anéantissement du pouvoir royal, la nullité des rois et le titre de fainéants que leur a donné l'histoire.

Le caractère de ces déchirements a été trop bien tracé pour qu'il me soit permis d'en rappeler autre chose que l'issue :

Le roi Clotaire prête serment aux maires du palais qui lui sont imposés de ne les priver jamais de leur dignité, et ceux-ci prennent le même engagement vis-à-vis des grands, à l'élection desquels ils doivent leur pouvoir (1).

Si le tumulte au milieu duquel les justices sont devenues héréditaires et dans lequel a succombé la seconde race a été moins sanglant, c'est que peut-être la révolution était moins profonde et la résistance moins possible. Il a fallu plus d'efforts pour enlever au roi la libre disponibilité des fonctions publiques que pour les rendre héréditaires lorsqu'elles étaient déjà viagères. Mais si l'humiliation des fils de Charlemagne coûta moins de meurtres que celle des enfants de Clovis, elle fut également le fruit de la contrainte et de la force. Il suffit de lire les actes des règnes de Louis-le-Débonnaire et de Charles-le-Chauve pour être frappé de la couleur de tristesse et d'appréhension dont ils sont empreints; j'ai déjà fait cette remarque en citant l'un d'eux, celui qui semble avoir consacré la révolution accomplie depuis longtemps dans les faits (n° 72).

(1) *Warnacharius in regno Burgundiæ substituitur majordomus, sacramento à Clotario accepto, ne unquam vitæ suæ temporibus degradaretur; in Auster Rado eumdem hunc gradum honoris assequitur.* Fredeg., chron. 42. V. Lehuérou, tome I, p. 483.

A la lecture de ces proclamations arrachées à la faiblesse des princes, on est saisi d'un sentiment pénible : sentiment que l'histoire doit inspirer encore, neuf siècles plus tard, en traçant les derniers actes du monarque qui sanctionna l'abolition des justices patrimoniales et l'appel de tous les citoyens aux places et emplois « sans autre distinction que celles des vertus » et des talents (1). »

272. Loyseau me semble donc plus près de la vérité historique lorsqu'il attribue à l'usurpation l'appropriation des justices ; on ne peut faire abstraction des évènements qui l'ont produite, ni des guerres que les possesseurs se sont faites entre eux. Non-seulement les duchés et les comtés ont été arrachés à l'autorité royale, mais encore pendant plusieurs siècles ils ont été l'objet de conquêtes à main armée et de spoliations violentes. On ne peut douter que ce qui se passait à l'égard des provinces ne se passât à l'égard des moindres possessions justicières.

Les vicomtés, les marches, les châtellenies ont également été disputées les armes à la main ; les simples seigneurs, vicaires, maires et justiciers s'arrachaient entre eux leur pouvoir, et il ne saurait être douteux que des conquêtes privées ne fussent le but et le résultat des guerres privées.

Ce ne fut pas d'ailleurs sans violence que les justiciers inférieurs se rendirent indépendants ; ce n'était qu'en dépouillant leurs maîtres qu'ils pouvaient acquérir un territoire et un pouvoir à eux. L'histoire est pleine de dissensions armées des avoués contre les monastères, des vidames contre les évêques, des vicomtes contre les comtes, des maires contre les propriétaires. Il est bien difficile de supposer qu'à la suite de tous ces combats et de ces sanglants bouleversements, l'état des concessions féodales consenties par les rois ou par les premiers *potentes* se soit main-

(1) Constitution des 3-14 septembre 1791, titre 1er, art. 1er, § 1er. A l'empressement que les rédacteurs de la loi mettent à constater le droit qu'ils viennent d'acquérir et à la place qu'ils lui donnent dans la constitution, on peut croire que l'ambition des fonctions publiques n'a pas été non plus étrangère à la révolution du 18e siècle.

tenu et que chaque justicier ait pu rattacher son droit aux lois du fief et à la libéralité royale. La maxime que tout baron est souverain dans sa baronnie n'a pu s'établir sans que les liens de subordination propre à toute hiérarchie administrative aient été rompus violemment ; la même cause a dû produire le principe d'indépendance des justiciers de tous rangs, et s'il était besoin de le prouver, on en trouverait une démonstration suffisante dans les précautions nombreuses dont les concessions de justices inféodées ont été plus tard entourées.

273. Si l'on en croit les historiens qui depuis trois siècles nous ont fait le récit des temps modernes, la marche des évènements depuis les dernières époques de l'empire d'Occident se serait divisée en trois périodes qu'aucun lien n'unit entre elles, en trois histoires distinctes placées à la suite l'une de l'autre, mais profondément séparées : la chute de l'empire romain ; le gouvernement des rois de la première et de la deuxième race ; celui de la troisième, dont le caractère particulier ne date guère que de Philippe-Auguste.

Il semble que chacune de ces catégories historiques apparaisse comme une scène nouvelle séparée de la précédente par un nuage, de même qu'au théâtre une décoration succède à l'autre. Cette manière d'envisager la série des faits qui n'ont point eu d'interruption est nécessairement fausse et erronée ; les évènements forment, au contraire, une chaîne à laquelle aucun anneau n'a pu manquer ; ils se sont suivis sans lacune comme les siècles, les années et les jours ; sans doute les institutions, les mœurs, les lois se sont modifiées, mais c'est toujours dans le temps qui précède qu'on doit chercher la cause des faits actuels.

En étudiant attentivement les institutions des douzième et treizième siècles, il est impossible de ne pas reconnaître que les évènements des neuvième et dixième n'étaient point alors oubliés. Une multitude de dispositions des capitulaires se retrouvent dans la jurisprudence ; les juges les considèrent comme des lois, sans que le texte en soit sous leurs yeux. Ce qui est remarquable à l'égard des maximes judiciaires ne l'est pas moins à l'égard des règles administratives. De nombreux règlements relatifs aux fonctions des officiers publics se sont conservés tradition-

nellement depuis Théodose jusqu'à saint Louis, et se retrouvent textuellement dans les actes des princes qui se succèdent ; il est évident que les dispositions en ont été copiées de siècle en siècle sur les précédentes.

Le souvenir des évènements n'est pas moins manifeste, et, en lisant les conditions imposées par les rois de la troisième race aux concessions nouvelles qu'ils font du pouvoir justicier, il est impossible de ne pas y reconnaître le témoignage des usurpations de la deuxième. J'ai fait remarquer (n° 126) les précautions prises contre les prétentions à l'hérédité ; l'histoire de saint Louis, et surtout celle de la régence pendant la première croisade de ce prince, présentent de vaines tentatives pour mettre obstacle à la vénalité et aux transmissions ; l'Église elle-même luttait de toutes ses forces contre la patrimonialité des justices au moyen desquelles elle exerçait son pouvoir temporel ; le chap. 38 des décrétales de Grégoire IX, *tit. de Simoniâ*, déclare coupable de simonie ceux qui vendront ou achèteront les offices de vidames : *Quicumque vice dominatum, vel aliam ecclesiasticarum rerum administrationem per pecuniam obtinere voluerint, tam ementes quam vendentes, cum Simone perallantur* (1), disposition émanée d'Innocent III qui vivait dans le treizième siècle, et dont l'application ne pouvait par conséquent se faire qu'aux vidames de nouvelle création.

L'ordonnance du Languedoc de 1254 porte la même interdiction aux baillis royaux (art. 24) : *Eos qui baillivas nostras tenuerint, aliis easdem revendere prohibemus* (2).

Cette ordonnance contient en outre quelques dispositions que plusieurs autres renouvellent et qui méritent considération sous le rapport qui nous occupe. On a vu les capitulaires exiger que les justiciers fussent choisis parmi les habitants et les propriétaires du lieu où ils exerçaient leur pouvoir (n° 119). Cette mesure avait pour objet d'assurer la restitution des perceptions injustes, mais elle eut pour fâcheux résultat

(1) Anc. répert., v° Vidame.
(2) Coll. du Louvre, t. 1, p. 65.

de permettre l'application des services dus à titre de tribut public à l'exploitation des propriétés du justicier. De plus, celui-ci rattacha facilement ses droits de justice à sa possession, et confondit aisément ceux de *l'honoratus* pour lequel il exerçait, soit avec ses terres bénéficiales, soit avec ses propres. Les capitulaires sont remplis de dispositions répressives de cet abus. Les rois, les princes et les grands possesseurs de la troisième race, se montrèrent manifestement éclairés par l'expérience, lorsqu'ils soumirent le choix de leurs justiciers à des conditions contraires, ne permettant pas que leurs vicomtes et baillis fussent propriétaires dans le territoire de leur exercice, ni qu'ils le devinssent pendant leur gestion. Saint Louis et ses successeurs changeaient souvent leurs baillis de localités, évitant autant que possible les administrations sédentaires et prolongées, si ce n'était celles de peu d'importance et pour lesquelles l'usurpation était peu redoutable.

On est donc fondé à penser que, dans des temps encore voisins des époques constitutives de la patrimonialité des justices, l'opinion de Montesquieu aurait trouvé peu de partisans; les causes qui avaient dépouillé le pouvoir royal étaient encore pleines de vie et agissaient dans le même sens au préjudice de la royauté nouvelle ou des puissances élevées sur les débris de la première.

L'appropriation des administrations publiques ou privées était pour ainsi dire passée en habitude et considérée comme un résultat auquel il fallait s'attendre et contre lequel il faudrait lutter. Il me semble que l'existence d'une semblable ambition et de pareilles craintes est un témoignage manifeste des usurpations antérieurement réalisées et dont la mémoire n'était point encore effacée.

274. On aurait tort d'ailleurs de rejeter toutes les usurpations de justices au delà du gouvernement des Capétiens; les moyens et prétextes indiqués par Loyseau, pour n'avoir pas été d'un effet aussi général et aussi révolutionnaire que l'envahissement du xe siècle, n'en ont pas moins été réels et efficaces. Il ne saurait être douteux qu'au milieu des désordres du xve siècle et des bouleversements produits par les guerres désastreuses de cette époque, une multitude de petites puissances seigneuriales ne se soient élevées sans titres légitimes et à l'aide d'extension d'u-

sages, de fausse interprétation d'actes, et même de falsification de chartes ou d'aveux. La jurisprudence et la législation du XVIe siècle supposent et constatent l'existence générale de tentatives de ce genre ; il était impossible qu'il en fût autrement en présence du désordre profond des possessions justicières dont le plus grand nombre ne se rattachait à aucune cause régulière de concession.

Le registre des *Olim* présente les justices comme l'objet le plus ordinaire des contestations soumises au parlement, et, dans tous les procès, l'une des parties est accusée d'usurpation ; c'était évidemment la tendance de tous les riches possesseurs de terre, de tous les militaires revêtus de fonctions publiques ou d'un pouvoir territorial quelconque, de s'attribuer quelque puissance justicière ou quelque droit de cette nature. Cette tendance dut nécessairement se développer et agir efficacement toutes les fois que les évènements ne permirent pas à l'autorité légitime de la comprimer et d'en refouler les envahissements.

Ainsi, les guerres des vassaux contre les rois et les rébellions qui brisèrent le pouvoir royal et le lien qui mettait les justices à sa disposition ne furent pas les seules causes de la patrimonialité ; les procès, les chicanes, les abus de titres, les suppressions d'actes, les ressources des procédures et tous les moyens par lesquels *les procureurs se volent l'un l'autre*, n'ont pas été complètement étrangers à ces justices que Montesquieu prétendait légitimes et l'accessoire naturel des concessions feodales.

275. Pour écarter l'usurpation de l'origine constitutive des justices seigneuriales, il faut éloigner de l'examen tout ce qui est fait, évènement, cause matérielle et étrangère à l'action législative ; ce n'est qu'en s'attachant aux règles d'institutions, à leur action bonne ou mauvaise, à leurs résultats utiles ou désastreux, en un mot à ce que j'ai qualifié d'état normal dans l'histoire des justices, qu'on peut être conduit à reconnaître que le pouvoir royal et ses éléments n'ont pas été l'objet de l'usurpation et qu'il s'est écroulé par les propres vices de ses conditions.

Loyseau assurément était mal fondé à reprocher aux grands fonctionnaires de Charles-le-Chauve l'edit de 877 et à l'attaquer comme inconstitutionnel : cet édit était légitime ; ses effets

étaient légaux quoique d'une légalité qui n'avait pour elle que la lettre de la loi, non son esprit et son but. Mais toutes les puissances de cette époque furent empreintes du même caractère et entachées du même défaut. Hugues Capet était roi et propriétaire de son trône, comme les comtes étaient comtes et propriétaires de leur comté. Loyseau ne devait pas oublier que la royauté de Louis XIV et les justices de village étaient sœurs et nées des mêmes évènements; que leurs conditions de légitimité étaient identiques, et que dès lors celles de leur existence ne pouvaient différer; la puissance royale et la puissance justicière étaient unies par tant de liens, par une telle similitude d'origine et par un tel rapport d'actions, qu'on ne pouvait guère ébranler le principe de l'autorité seigneuriale sans porter atteinte à celui de l'autorité du roi: chaque coup porté à l'une réfléchissait sur l'autre. Montesquieu comprenait bien mieux ce qu'elles avaient de commun et l'intérêt qui rattachait les seigneurs à la monarchie.

Le sentiment du grand publiciste n'a pas tardé d'être justifié; la royauté patrimoniale a suivi de près les justices patrimoniales dans leur destruction, et l'une et l'autre ont succombé sous la même révolution.

276. Si donc on se place au point de vue de l'ancien régime et dans ses conditions, on ne doit pas voir dans l'établissement des justices un pouvoir usurpateur dans son principe, ni une autorité anormale ou étrangère au système général des institutions; ce serait appliquer à un gouvernement les règles d'un autre, ou juger par des considérations absolues ce qui ne doit l'être que relativement. Mais si la cause première et la base des justices patrimoniales se justifient en ce qu'elles se rattachent à des lois admises, il ne s'ensuit pas que tous les éléments de cette autorité, tous les produits de cette possession ni tous les résultats de son exercice, dérivent également de cette source légitime à certains égards; il en est d'autres, au contraire, qui doivent la naissance à des faits essentiellement illicites, que les lois n'autorisaient point, qu'elles défendaient au contraire et qui, par conséquent, n'ont pu se classer au rang des droits que par l'effet d'une longue possession, dans l'oubli de leur cause première, et peut-être aussi par un nouvel abus du pouvoir.

Le caractère injuste et illégitime des droits de cette espèce n'a jamais été contesté; les feudistes sont unanimes sur ce point; les écrivains dévoués aux seigneurs n'ont rien trouvé de mieux que d'en rattacher la cause aux conventions féodales et de les dénaturer pour les justifier. Mais toutes les prérogatives justicières ne se prêtaient pas à cette transformation et un grand nombre d'entre elles ont dû succomber devant l'examen des tribunaux de la royauté.

---

§ II.

DES ABUS SEIGNEURIAUX.

SOMMAIRE.

277. Diversité d'origine des abus seigneuriaux.
278. Tableau de la domination romaine dans les provinces.
279. Dépopulation et abandon des cultures.
280. Des Bagaudes.
281. Caractères de l'administration des justiciers barbares.
282. Législation des capitulaires sur les abus généraux des justices.
283. De l'abus particulier des droits de passage.
284. Des abus concernant les plaids.
285. Des abus des justices privées sous Charlemagne.
286. Des abus généraux sous les successeurs de ce prince.
287. Progrès du pouvoir justicier sous la deuxième race.
288. Légitimation des abus de ce pouvoir.
289. Dépopulation et abandon des cultures. Textes et documents.
290. Explication de ces textes et rapprochement des dominations romaine et barbare.
291. Tableau des populations sous la deuxième race.
292. Appréciation de l'établissement du régime seigneurial sur les populations.
293. Révolte des paysans à diverses époques.

277. Parmi les droits seigneuriaux dérivant de l'abus du pouvoir justicier, les uns étaient communs aux justiciers romains et aux justiciers seigneuriaux, ceux-ci n'ayant fait que continuer l'usage établi par leurs devanciers; les autres étaient propres aux comtes et justiciers barbares; on ne les trouve point dans la nomenclature des actes abusifs prévus et interdits par la législation romaine; les seigneurs peuvent donc s'attribuer le mérite de l'initiative; il faut ajouter qu'on en reconnait l'origine germaine au caractère de violence et de brutalité dont ils sont empreints.

Les premiers confirment, comme tout ce qui précède, la persistance des institutions que Rome avait imposées aux provinces, et l'état de peuple vaincu dans lequel l'homme de pooste n'a pas cessé de vivre, de la conquête de César à l'affranchissement de 1789.

Je les exposerai donc sous ce double aspect; en même temps que j'en ferai connaître l'existence, j'en montrerai l'origine et la nature.

278. Les récits contemporains et les actes mêmes de la législa-

tion font de l'état des provinces sous la domination romaine le tableau le plus pitoyable. L'impôt ruinait et désolait les populations; le tributaire était placé sous un régime de terreur auquel la raison refuserait de croire, s'il n'était attesté par les plus irrécusables témoignages. Des charges intolérables, excessives, souvent plus élevées que le produit des terres imposées, étaient encore accrues par le privilége. Le despotisme avait besoin de soutiens intéressés qu'il obtenait en multipliant les exemptions. Le Code de Théodose contient une liste interminable de personnes qui non-seulement sont affranchies des tributs, mais encore en reçoivent une partie; des classes entières d'employés, de professions, de familles, tous les ecclésiastiques, tous les militaires, un nombre immense de favoris et de courtisans sont exempts de l'impôt et en vivent, accroissant le fardeau de ceux qui le paient par leurs nécessités et par leur affranchissement (nº 134).

Le petit possesseur de biens ruraux, l'habitant des campagnes resta seul soumis aux terribles exactions des *judices;* là aucun privilége n'arrêtait l'action du fisc: le malheureux était pressuré à loisir; les prisons regorgeaient de contribuables ruinés que les agents du fisc s'obstinaient à considérer comme récalcitrants; les infortunés y périssaient de misère; souvent ils se pendaient de désespoir; quelquefois on commençait par les faire mourir pour servir de leçon aux autres et leur inspirer une terreur salutaire.

Les auteurs de ces maux effroyables sont partout désignés à la haine de leurs victimes; ce sont les agents du fisc, les percepteurs de l'impôt; c'est à leur cruelle exaction, à l'arbitraire et à l'abus de leur exercice que les lois elles-mêmes attribuent les désastreux résultats qu'elle s'efforcent en vain d'arrêter. Écoutons l'empereur Majorien :

« Fessas provincialium variâ atque multiplici tributorum exac» tione fortunas et extraordinariis fiscalium solutionum oneribus » attritas solutæ inlationes..... superindictitiis quidem titulis in » præteritum possessor exhaustus, dum ægræ solutionis trahit sub » impossibili devotione reliquias, et pro temporis cursu nobis sub» indè perurgetur venientium indictionum tributis, et in redimen» dis attenuatur induciis, coacervata in unum sarcina obnoxietatis » obruitur, et præcedentibus debitis neutiquàm sufficiens ad futu» ram quoque inlationem minùs idoneus invenitur.... præfectiani

» siquidem atque palatini, vel aliarum potestatum apparitores,
» competentium titulorum exactione susceptâ, contra veterem
» morem per provinciam discurrentes, senioribus exactionibus
» possessorem curialemque concutiunt; et ita omnia pro arbitrio
» suæ depredationis extorquent, ut cum aliqua pars certa vel mi-
» nima publicis compendiis inferatur, duplam aut ampliùs spor-
» tulis avidus et præpotens executor accipiat (1). »

Le même Majorien rappelle encore ailleurs les désastres dus à l'iniquité des justiciers: HUC REDEGIT INIQUITAS JUDICUM ET EXACTORUM PLECTENDA VENALITAS, *ut multi patriæ desertores et natalium splendore neglecto, occultas latebras elegerint et habitationem juris alieni* (2).

La tyrannie des officiers romains et l'abus de leur pouvoir ne se bornait pas à des exactions; ils exigeaient en outre du malheureux tributaire des services multipliés qui le réduisaient à l'état d'esclave; j'ai déjà cité le texte de Justinien qui cherche à réprimer ce terrible excès: *Qui sub quocumque prætextu publici muneris possunt esse terribiles, rusticano cuipiam necessitatem obsequii, quasi mancipio sui juris imponant* (nº 146).

279. Cet odieux exercice se manifeste dans les événements contemporains, par des résultats qu'il est important de signaler. Ces

(1) *Novell. imp. Majorian. IV de indulgentiis reliquorum.* Trad.: « Nous » avons résolu de venir au secours des provinces épuisées par des perceptions » de tributs multipliés et de toute nature, auxquelles viennent encore s'ajouter » des surcroîts extraordinaires de redevances fiscales... Le possesseur, déjà » ruiné par les *superindictions* des années précédentes, traîne après lui un » immense arriéré sous le poids duquel il doit succomber; le temps lui ap- » porte de nouvelles indictions qui accroissent sa dette précédente; vaine- » ment il achète des délais, il finit par être écrasé par la masse de ses dettes » accumulées qui le laissent hors d'état de satisfaire aux exigences à venir... » Les officiers du prétoire, ceux du palais et les employés des autres puis- » sances (*potestates*), après avoir reçu du tributaire l'impôt légitime, parcou- » rent la province contrairement à la coutume, et réclament le paiement de » titres périmés, du possesseur et du curiale; ainsi toute leur perception » n'est qu'un brigandage à merci; et, lorsque le trésor ne touche qu'une part » certaine et minime, l'exacteur avide et tout puissant porte ses extorsions au » double et au delà... » (V. Lehuérou, t. I, p. 148.)

(2) *Inter novell. Majorian.*, A., I, 1.

résultats sont : la haine des populations, la fuite du cultivateur et l'abandon des possessions, les révoltes des tributaires. Nous retrouverons constamment, jusqu'aux temps les plus rapprochés de nous, ces trois signes de la domination des justiciers ; nous reconnaîtrons, à ces effets identiques, la perpétuité d'une même cause, et la même génération d'oppresseurs, aux maux qui n'ont pas cessé d'exister autour d'elle.

C'est surtout dans les écrivains ecclésiastiques qu'il faut lire l'expression du sentiment populaire, dont ils étaient les organes ; Lactance et Salvien nous ont laissé, des causes qui appelaient l'exécration publique sur la tête des dominateurs, un tableau qu'on doit croire vrai, quand on voit que le législateur ne parle pas autrement ; Lactance expose ainsi l'administration de Galère :

« Agri glebatim metiebantur, vites et arbores numerabantur, » animalia omnis generis scribebantur, hominum capita notabantur, in civitatibus urbanæ ac rusticæ plebes adunatæ, foràs omnia gregibus familiarum referta, unusquisque, cum liberis, cum » servis aderant, tormenta ac verbera personabant. Filii adversus parentes suspendebantur, fidelissimi quique servi contra » dominos vexabantur, uxores adversus maritos. Si omnia defecerant, ipsi contrà se torquebantur, et cùm dolor vicerat adscribebantur quæ non habebantur. Nulla ætatis, valetudinis excusatio. Ægri et debiles deferebantur ; æstimabantur ætates » singulorum ; parvulis adjiciebantur anni, senibus detrahabantur. Luctu et mœstitia plena omnia (1). »

---

(1) *De mortib. persecut.*, 23. Trad.: « Les champs étaient mesurés jusqu'à la » dernière parcelle, les vignes et les arbres étaient comptés, les animaux de » toute espèce étaient inscrits ; chaque tête d'homme était marquée. Le peuple des villes et des campagnes était rassemblé ; les familles se pressaient » en troupeaux près des portes ; chaque possesseur arrivait avec ses hommes » libres et ses esclaves ; les tortures et le fouet retentissaient de toute part. » Les enfants étaient pendus jusqu'à ce qu'ils déposassent contre leurs pères ; » les plus fidèles serviteurs étaient contraints de témoigner contre leurs maîtres, les femmes contre leurs époux. Celui qui n'avait point d'entourage » était soumis lui-même à la torture, et lorsque la douleur l'avait vaincu, il

Combien une pareille administration devait paraître odieuse à ses malheureuses victimes, lorsqu'aujourd'hui nul ne peut en lire le récit sans être pénétré d'indignation ! Aussi les populations disparaissaient ; la misère les dévorait ; les souffrances et le malheur les détruisaient ; les provinces étaient converties en vastes solitudes que les empereurs tentaient vainement de repeupler. C'est devant les exactions fiscales et leurs abus destructeurs que l'empire romain s'est écroulé, bien plus que devant les invasions des barbares. Cette vérité a été mise dans un grand jour par les nouveaux travaux historiques, et peut-être n'en est-il point de plus féconde en lumière, pour l'intelligence des évènements immenses qui ont enfanté les États modernes.

« Le monde fut alors, dit le savant et regrettable Lehuérou (t. » I, p. 126), témoin d'un étrange spectacle. La terre pour la » première fois se vit répudiée par son possesseur, et ce fut a qui » ne posséderait rien, pour n'avoir rien à payer. A chacune des » pages du Code, il est question de terres qui n'ont point de maître. C'est en vain que l'empereur les offre tantôt aux Romains, » tantôt aux barbares : elles restent désertes et sans culture aux » mains du fisc ; personne ne veut de ces largesses intéressées. » Une ruine certaine et de cruelles tortures attendent l'impru- » dent qui les accepterait. En Égypte il était rare de rencontrer » un contribuable qui ne portât pas sur sa chair l'empreinte du » fouet du collecteur. »

280. Ainsi le possesseur fuyait de toute part, abandonnant cette terre qui causait sa misère ou servait de prétexte à ses souffrances. Il fallut que des lois terribles vinssent l'enchaîner au sol qu'il baignait de ses sueurs et de son sang : homme libre, il subit toutes les entraves de l'esclavage ; propriétaire, il ne travailla que pour un maître. Partout où il lui fut possible, il se réfugia dans le patronage, qui ne fut pour lui qu'une servitude,

---

» était inscrit pour des biens qu'il n'avait point. Ni l'âge, ni les maladies, » n'étaient une cause d'excuse. Les infirmes étaient recensés ; l'âge de chacun » était estimé ; on ajoutait aux jeunes, on retranchait aux vieillards. Tout » était rempli de tristesse et de deuil. » (V. Lehuérou, t. I, p. 134.)

toutes les fois que les conditions de son assujétissement ne lui mirent pas les armes à la main.

C'est aux mêmes causes qu'il faut attribuer les révoltes sans cesse renouvelées et toujours impuissantes des populations tributaires qui, du IIIe siècle au Ve, ont porté le nom de Bagaudes. Le possesseur, poursuivi par le *judex*, repoussé du patronat, saisi partout où la police romaine étendait son bras de fer, venait accroître les bandes persistantes qui ne vivaient que de pillages et de rapines à main armée. Salvien explique ainsi l'existence incessante des corps de Bagaudes qui achevaient de dévaster les terres cultivées par ceux qui n'avaient ni la force ni le courage de résister avec eux à l'oppression de leurs tyrans.

« De Bacaudis, dit-il, nunc mihi sermo est : qui per *malos ju-* » *dices et cruentos* spoliati, afflicti, necati, postquàm jus romanæ » libertatis amiserant, etiam honorem romani nominis perdiderunt. » Et imputatur his infelicitas sua ; imputamus his nomen calami- » tatis suæ, imputamus nomen quod ipsi fecimus. Et vocamus » rebelles, vocamus perditos, quos esse compulimus criminosos. » Quibus enim aliis rebus Bacaudæ facti sunt, nisi iniquitatibus » nostris, nisi *improbitatibus judicum, nisi eorum præscriptio-* » *nibus et rapinis qui exactionis publicæ nomen in quæstus* » *propriis emolumenta verterunt, et in indictiones tributarias* » *prædas suas esse fecerunt?* Qui in similitudinem immanium » bestiarum non rexerunt traditos sibi, sed devorarunt, nec spo- » liis tantùm hominum, ùt plerique latrones solent, sed lacera- » tione etiam et, ut ita dicam, sanguine pascebantur ; ac sic » actum est ut *latrociniis judicum* strangulati homines et ne- » cati, inciperent esse quasi barbari, quia non permittebantur esse » Romani (1). »

---

(1) *De gubernatione Dei*, extrait du 5e livre. Trad. : « Maintenant je dois » parler des Bagaudes : dépouillés, tourmentés, égorgés par des justiciers ini- » ques et cruels, après avoir été privés du droit de liberté romaine, ils ont » perdu jusqu'à l'honneur du nom romain. Et nous leur imputons leur mal- » heur ; nous leur reprochons même le nom de leur infortune, nom que nous » avons créé nous-mêmes. Nous les appelons rebelles, hommes perdus, eux » que nous avons contraints d'être criminels. Quelles sont donc les causes qui

281. Le maintien de l'impôt romain sous la domination barbare n'est plus un fait à démontrer; sa persistance ressort manifeste de tout ce qui précède dans ces études, et peut-être n'est-il pas un texte, pas une citation d'acte ou de document historique où elle ne soit écrite en termes décisifs. Nous avons retrouvé les cens, les redevances en nature, les obligations corporelles et les services de toute espèce inventés par le génie du fisc romain; rien ne s'est perdu sous l'administration des justiciers germains dans les éléments légaux de leur perception; il faut voir que, sous le rapport des exactions illégitimes et des abus de pouvoir, ceux-ci n'ont point dégénéré et sont demeurés dignes de leurs devanciers.

Déjà nous avons vu l'héritage des extorsions et du despotisme fidèlement conservé sous plusieurs points, dans la succession des comtes et des *judices* de toute classe. Il est évident qu'ils ne disputaient pas les places avec tant d'acharnement pour se borner à l'exercice légitime de leurs fonctions et aux soins d'une protection paternelle. Leur gouvernement dut s'empreindre du caractère de brutalité qui leur était propre et les distinguait de l'officier imbu de la civilisation purement romaine. Sous ce rapport, le tributaire eut à subir une domination plus rude et plus grossière; le justicier barbare fut plus soldat encore que publicain, et les abus durent se rapprocher davantage du pillage que de l'extorsion fiscale. Cependant le malheureux possesseur y gagna; les chevalets, les tortures, la contrainte morale et la savante organisation du fisc ne pouvaient se retrouver dans la domination du chef de bande; non sans doute que les traditions ou l'habileté lui

» les ont formés en Bagaudes, si ce ne sont nos iniquités, si ce n'est l'improbité des justiciers, leurs proscriptions et leurs rapines; les extorsions qu'ils » ont faites à leur profit particulier, sous le nom de perceptions publiques, et » leurs déprédations qu'ils ont converties en impôts légitimes? Ils n'ont pas » gouverné les hommes remis à leur autorité, mais, à l'exemple des bêtes féroces, ils les ont dévorés; ils ne se sont pas contentés de les dépouiller, » comme font les voleurs, mais ils les ont déchirés, et, pour ainsi dire, se sont » nourris de leur sang; c'est ainsi qu'il est arrivé que ces hommes opprimés » et périssant sous le brigandage des justiciers sont devenus barbares, puisqu'il ne leur était pas permis de vivre en Romains. »

manquassent toujours, mais parce que les réseaux dans lesquels le contribuable était enfermé sous l'administration romaine étaient rompus. Il restait toujours quelque lacune par où le possesseur pouvait s'échapper; l'isolement des *potestates*, le défaut d'un lien central et d'un appui mutuel, lui permettaient de se soustraire à l'exaction intolérable, sans qu'il fût nécessaire de fuir jusqu'aux nations étrangères. Les seigneurs tendaient à se séparer et à se rendre indépendants; leur intérêt n'était pas encore assez établi pour qu'il leur fût donné de constituer l'extradition des temps féodaux.

Peut-être aussi le développement immense du patrocinlat fut-il une ressource puissante et qui dut adoucir l'exaction dans les mains du justicier; il est à croire que cette institution offrait un grand avantage aux populations, puisque la recommandation et le bénéfice, ces deux éléments constitutifs du séniorat, sont les actes les plus fréquents que ces époques nous aient laissés.

Mais si l'oppression des officiers de race germaine paraît moins cruelle, moins avide et moins dévastatrice que celle des justiciers romains, elle conserve néanmoins le même caractère sous le rapport des abus. Ce sont encore les documents législatifs qui nous révèlent l'emploi illégitime que les *judices* faisaient de leurs fonctions.

282. Les capitulaires mentionnent à chaque page les exactions, les redevances illégales, les obligations indues que les comtes et leurs vicaires s'efforcent d'établir et d'exiger. Leur caractère illégitime résulte de ce qu'elles sont nouvelles, car l'antiquité, la coutume, l'usage immémorial sont déjà la condition nécessaire de l'impôt dont les lois fondamentales n'existent plus.

On peut voir au nº 108 les nombreux exemples de défense faite aux justiciers de percevoir des redevances nouvelles : *De injustis occasionibus et consuetudinibus noviter institutis, sicut sunt tributa et telonei... indebitas consuetudines et injustas exactiones non exactetis... nova et injusta telonea non exigentur.*

Cap. 615. *Ut ubicumquè census novus impiè additus est et*

à populo reclamatur, justâ inquisitione misericorditer emendetur (1).

Comme le justicier romain, le *judex* barbare assujétit son justiciable à des travaux serviles qu'il applique à ses possessions privées ; Charlemagne revient sans cesse sur cet abus qu'il s'efforce vainement d'interdire :

Cap. 791. *Placuit nobis ut illos liberos homines comites nostri ad eorum opus servile non opprimant; et quicumque hoc fecerit, secundùm quod judicatum habemus emendet* (2).

En 803 il renouvelle cette disposition :

Ut liberi homines nullum obsequium comitibus faciant, nec vicariis, neque in prato, neque in messe, neque in araturâ aut vineâ, et conjectum ullum vel residuum eis resolvant; excepto servitio quod ad regem pertinet, et ad heribannatores, vel his qui legationem ducunt (3).

La loi des Visigoths révèle l'existence des mêmes abus sous sa domination : *Nullis indictionibus, exactionibus, operibus, vel angariis, comes, vicarius aut villicus, per suis utilitatibus populos aggravare præsumant* (4). Ainsi la loi signale les justiciers de tous rangs et les oppressions de toutes espèces.

283. Déjà commence l'abus des droits de passage, de péage, de ponts, de barrières et de navigation, qui vont plus tard faire de chaque seigneurie un obstacle que le voyageur et le marchand ne pourront franchir qu'en laissant quelques débris de leurs dépouilles (5). Les communications de plus en plus difficiles et coûteuses cesseront tout-à-fait, et avec elles un élément de civilisation des plus actifs ; devant ces contributions qui s'élèvent à chaque pas sur la route du commerçant, les relations vont s'é-

---

(1) Baluze, 1, 23, 8.

(2) Baluze, 1, 260, 13.

(3) Baluze, 1, 400, 17.

(4) Lib. 12, 1, 2.

(5) Les vidames de Laon, dit Adam de Brême, cité par l'ancien Répertoire, v° *Vidame*, exerçaient mille rapines sur les marchands qui étaient dans l'usage d'y venir de tous les pays, et que « leur exécrable ambition avait souvent contraints de s'en aller dépouillés de tout. »

teindre, les populations s'isoler, les localités se parquer, la féodalité s'établir et diviser le territoire, la centralisation disparaître et la barbarie du x[e] siècle envahir les mœurs et couvrir l'histoire de sa nuit obscure. Peut-être l'abus des droits de passage a-t-il été la cause la plus efficace de désorganisation de l'empire de Charlemagne. Aussi ce prince, presque à chaque année de son règne, recommande-t-il à ses *missi* une surveillance active sur ce point:

An. 803. *Teloneus aut census non exigatur à quolibet, ubi nec aquam navigio, aut pontem transeundum non est* (1).

Même année : *Ut nullus homo præsumat teloneum in ullo loco accipere, nisi ubi antiquitùs pontes constructi sunt, et ubi navigia præcurrunt, et antiqua videtur esse consuetudo. Similiter nec rotaticum, neque pulveraticum ullus accipere præsumat; quia qui hoc facere tentaverit, bannum dominicum omnibus componere debet* (2).

An. 809. *Ut nullus cogatur ad pontem ire ad fluvium transeundum propter telonei causas, quando in alio loco ille compendiosiùs illud flumen transire potest. Similiter in plano campo, ubi nec pons, nec trajectus est, ibi omnimodis præcipimus ut teloneum non exigatur* (3) (voy. *infrà*, n° 287).

284. L'abus des plaids et la fréquence des jugements que les hommes libres devaient rendre sont souvent rappelés dans les dispositions répressives de Charlemagne ; c'était une source de profits pour le justicier qui prélevait son *bannum* sur tous ceux qui manquaient à la convocation.

Charlemagne opposa deux remèdes à cet abus : le premier fut de restreindre l'obligation de juger en matière ordinaire à un certain nombre d'hommes libres, élus par les autres, et nommés scabins, qui composaient le tribunal avec les vassaux des comtes (n° 289).

Lex. Longob., l. 116 : *Ut nullus ad placitum banniatur, nisi*

(1) Baluze, 1, 395, 1.
(2) Baluze, 1, 402, 22.
(3) Baluze, 1, 471, 9.

qui causam suam quærit, aut si alter ei quærere debet : exceptis scabinis septem qui ad omnia placita esse debent.

An. 809. *Ut nullus alius de liberis hominibus ad placitum vel ad mallum venire cogatur, exceptis scabinis et vassis comitum, nisi qui causam suam quærere debet ac respondere* (1).

Le second fut de réduire à trois par an le nombre des plaids généraux où tous les hommes libres étaient tenus d'assister : l'existence de cette mesure est rappelée par un capitulaire de Louis-le-Débonnaire qui en renouvelle la disposition.

An. 819. *De placitis si quidem quos liberi homines observare debent constitutio genitoris nostri penitùs observanda atque tenenda est, ut videlicet in anno tria solummodò generalia placita observent, et nullus eos ampliùs placita observare compellat ; nisi fortè quilibet aut accusatus fuerit, aut alium accusaverit, aut ad testimonium perhibendum vocatus fuerit. Ad cætera verò quæ centenarii tenent non alius venire jubeatur nisi qui aut litigat, aut judicat, aut testificatur* (2).

La direction de la justice a été dans tous les temps une cause féconde d'abus et une source abondante de profits pour le justicier ; on a pu voir quelle importance et quelle valeur on attachait au droit de juger dans les temps féodaux ; à tel point que les justiciables individuellement, par famille ou par localité, ont été, pendant toute la domination seigneuriale, un objet de commerce et de transmissions de toutes sortes. Il n'est point, en effet, d'administration qui facilite davantage les bénéfices illicites et les prévarications ; lorsque les fonctions publiques n'étaient dans l'opinion commune qu'un moyen d'enrichissement et de déprédation, on peut juger de ce que fut aux mains des officiers l'action de la justice. Il fallut payer pour obtenir jugement, et souvent ausssi l'on put payer le gain du procès. Les capitulaires contiennent à cet égard des dispositions trop nombreuses pour que ce ne fût pas un mal commun et un usage fréquent même parmi les fonctionnaires les plus élevés.

---

(1) Baluze, 1, 471, 5.
(2) Baluze, 1, 615, 14.

An. 809. *Ut nullus quislibet missus noster, neque comes, neque judex aut scabinus, cuilibet justitiam dilatare præsumat, si statim adimpleta poterit, secundùm rectitudinem; neque præmia pro hac à quolibet homine per malum ingenium accipere præsumant* (1).

Ni la mauvaise justice, ni la prévarication n'ont pu constituer des droits seigneuriaux ; il est évident que jamais un juge n'eût osé s'attribuer le pouvoir légitime de vendre ses décisions ; mais ce qui ne passa pas en droit s'établit en usage, et le *Traité des justices de villages* nous atteste que les habitudes des comtes et des *judices*, signalées par les capitulaires, s'étaient très exactement perpétuées sous ce rapport dans la juridiction des comtes et des justiciers féodaux.

285. Charlemagne luttait vainement contre un mal aussi général et dont les progrès avaient un mobile aussi puissant que la démoralisation et la barbarie de cette époque ; ses propres *judices*, quelque soin qu'il mit à les choisir, suivaient l'exemple des *judices* publics, et dans ses propriétés privées commettaient les mêmes abus : le capitulaire *De villis* reproche aux administrateurs des biens du roi tous les excès qui rendront odieuse la domination des petits seigneurs :

Les corvées et les services illicites : 3. *Ut non præsumant judices nostram familiam in eorum servitium ponere. Nec corvadas, nec materiam cædere, nec aliud opus sibi facere cogant.*

Les dons, les cadeaux extorqués et sur lesquels je reviendrai tout à l'heure : 3. *Neque ulla dona ab ipsis accipiant, non caballum, non bovem, non vaccam, non porcum, non vervecem, non porcellum; nec agnellum, nec aliam causam, nisi besticulas et ortum, poma, pullos et ova.*

Les droits de past et de séjour pour eux, leurs valets et leurs chiens : 11. *Ut nullus judex mansionaticos ad suum opus, nec*

(1) Baluze, 1, 468, 33.

ad suos canes (1), *super homines nostros nullatenùs prendat.*

Enfin le désastreux abus des poids et mesures, à l'aide duquel les seigneurs séparaient leur territoire des territoires voisins, isolaient leur pouvoir et brisaient la centralisation : 9. *Volumus ut unusquisque judex in suo ministerio mensuram modiorum, sextariorum, et siculas per sextaria octo et corborum eq tenere habeat sicut et in palatio habemus* (2).

286. La puissante, active et prévoyante administration de Charlemagne ne fit que suspendre la marche des abus, si toutefois même elle fit autre chose que la ralentir; les règnes impuissants de ses faibles successeurs ne peuvent que les signaler à la postérité comme une force à laquelle ils cherchent inutilement à résister, qui entraîne dans le même abîme et le trône du monarque et la liberté des sujets.

Thégan, l'historien de Louis-le-Débonnaire, nous apprend que ce prince, dans les premières années de son gouvernement, fit rechercher les abus qui s'étaient établis dans les derniers temps de l'administration de son père; leur multitude était immense; et déjà leurs auteurs étaient si puissants, qu'à peine pouvait-on trouver des témoins qui osassent les dénoncer.

« Dans le même temps, le prince députa ses envoyés pour re-
» chercher par tout son royaume s'il existait quelque illégalité,
» afin que s'il se rencontrait quelqu'un qui voulût les signaler et
» pût les établir par des témoignages dignes de confiance, il fût
» conduit devant lui pour être entendu. Les envoyés, dans leurs
» missions, constatèrent une multitude innombrable de faits
» d'oppression, consistant, soit en spoliation de patrimoines, soit
» en privation de liberté; ces abus étaient exercés par des fonc-
» tionnaires iniques, des comtes et des officiers sédentaires, dans
» un esprit d'ambition. Le prince ordonna de faire cesser tous
» ces actes qui, dans les derniers temps de l'administration de

(1) On lit dans les statuts delphinaux, écrits *cinq siècles* après le capitulaire *De villis : In comestionibus factis per se aut familiares, canes... domibus.*

(2) Baluze, 1, 331 et suivantes.



» son père, avaient été l'œuvre impie de ministres prévarica-
» teurs (1). »

Et en effet nous possédons les instructions de Louis-le-Débonnaire à ses envoyés ; leur objet est celui que signale l'historien Thégan :

1. *Legatio omnium missorum nostrorum hæc est : primò, ut sicut jam aliis missis injunctum fuit, justitiam faciant de rebus et libertatis injustè ablatis, et si episcopus, aut abbas, aut vicarius, aut advocatus, aut quislibet de plebe hæc fecisse inventus fuerit, statim restituentur. Si verò vel comes vel dominicus vel alter missus palatii nostri hæc perpetravit et in nostram potestatem redegerit, res diligenter investigata et descripta ad nostrum judicium reservetur* (2).

Il faut voir ces instructions pour connaître les abus de pouvoir des *judices* qui fixent principalement l'attention du gouvernement et qui doivent incessamment constituer l'ensemble des exactions seigneuriales ; le § suivant en comprend la généralité :

4. *De injustis occasionibus et consuetudinibus noviter institutis, sicut sunt tributa et telonei in mediá viá, ubi nec aqua, nec palus, nec pons, nec aliquid tale fuerit undè justè census exigi possit, vel ubi naves subtus pontes transire solent, sive in medio flumine, ubi nullum obstaculum est, ut auferantur, antiquæ autem ad nostram notitiam deferantur* (3).

On voit dans ces textes se multiplier les péages seigneuriaux établis sur toutes les rivières navigables du royaume ; droits, qui souvent ressemblaient au brigandage, que la puissance de Charlemagne n'a pu empêcher de naître et que celle de Louis XIV ne pourra détruire et supprimer.

287. Que pouvait la faible autorité de Louis-le-Débonnaire et de ses successeurs contre des attaques élevées de tous les points du territoire, sans cesse renouvelées, et venant de ceux-là même

---

(1) Voy. le texte dans les notes de Baluze, t. 2, p. 1106.

(2) Baluze, 1, 614, 1.

(3) Baluze, 1, 615, 4. (V. *suprà*, n° 283.)

que le pouvoir avait armés pour les combattre? Elle devait succomber, et son affaiblissement est marqué par degrés dans les actes législatifs ; ce qui avait été interdit d'abord, plus tard est toléré, puis réglé et par cela même autorisé. C'est la marche du patrocinat, qui, comme tous les éléments désorganisateurs de cette époque, démolit successivement la société romaine et prend place dans le nouvel édifice d'institutions qui s'élève sur ses ruines. C'est celle des abus eux-mêmes, et leur étude éclaire les progrès de la décadence de la royauté. J'en pourrais citer de nombreux exemples : le suivant me paraît significatif :

On a vu (*suprà*, n° 117) qu'au temps de Charlemagne, et dans le but de mettre obstacle aux exactions que le comte exerçait sous le prétexte des fournitures à faire au *missus*, la loi lui interdisait formellement de rien exiger par avance ; le *missus* lui-même devait faire la perception et remettre au comte la part qui lui revenait. *Ut non per aliquam occasionem... comes exactare præsumat, nisi missus noster priùs heribannum partem nostram recipiat et ei suam tertiam partem donet* (n° 117).

Mais sous Charles-le-Chauve l'autorité du comte a considérablement grandi ; celle du roi a déchu d'autant et n'a plus la force de s'opposer aux exactions des justiciers sédentaires ; l'arrivée d'un *missus* ne sera plus pour ceux-ci qu'une occasion de pillage et d'exactions ; la mesure de Charlemagne est révoquée et l'abus consacré :

An. 865. *Ut ministri comitum in unoquoque comitatu dispensam missorum nostrorum, à quibuscumquè dari debet, recipiant, sicut in tractoriâ nostrâ continetur ; et ipsi ministerialibus missorum nostrorum eam reddant ; missi autem nostri provideant ne pro hâc occasione indè ministri comitum ampliùs, nisi quantum in tractoriâ nostrâ continetur, indè exigant* (1).

Le mal n'a point cessé; le législateur ne l'ignore pas ; il le signale au contraire; mais les comtes sont devenus puissants, et la disposition énergique et péremptoire de Charlemagne est

(1) Baluze, 2, 200, 16.

remplacée par une surveillance manifestement illusoire et dont le prince lui-même n'ignore pas l'inefficacité.

288. Déjà les déprédations justicières sont passées en coutumes et apparaissent, à ceux qui les exercent, un droit légitime ; c'est une vérité déplorable que les enfants de Louis-le-Débonnaire sont obligés de reconnaître et qu'ils s'engagent à faire cesser :

Ut rapinæ et deprædationes quæ quasi jure legitimo hactenùs factæ sunt, penitùs interdicantur, et nemo se impunè post hæc eas præsumere posse confidat (1).

Et qu'on ne s'y méprenne point : ces rapines et ce pillage devenus légitimes, ce sont les droits seigneuriaux que déjà nous avons vus naître et s'établir dans les textes précédents ; dans ceux qui vont suivre, ils se présentent avec un caractère de stabilité qu'ils n'avaient point jusque-là : non-seulement ils ont une apparence légale, *quasi jure legitimo*, mais encore les *missi* n'ont plus le pouvoir de les réprimer; ils ne peuvent que les dénoncer au roi qui se réserve de prononcer, sans doute selon la puissance et le crédit du coupable.

An. 853. *Ut unusquisque missus in suo missatico provisionem habeat ut si aliquis de nostris fidelibus per missaticum suum transierit, aut ibi consistens vel commanens rapinas vel deprædationes aut talia inlicita fecerit de quibus Deus offendi solet et populus pro oppressione gemere, quatenùs hoc subtiliter et veraciter investiget, et nobis renuntiet, qualiter indè nos sic ordinemus ut nec ipsum, nec alium hoc agere delectet*(2).

Ainsi les auteurs de ces brigandages, ce sont les propres officiers du roi, et c'est le roi lui-même qui les signale à la surveillance de ses agents directs. Leurs abus sont indiqués particulièrement :

13. *Ut missi in illorum missaticis curam habent ne homines nostri aut alii quilibet vicinos suos majores vel minores .... adprædentur aut opprimant. Et si egerint, hoc etiam missi nostri investigent, et nobis renuntient, ut in seniore hoc sic*

(1) *Conventus apud Marsuam*, § 6. Baluze, 2, 42.

(2) Baluze, 2, 67, 12.

emendemus, quatenùs homines suos in potestate habeat, et contenti sint debitis, et indebita injustè non appetant (1).

Dans cette dernière disposition, le roi prévoit les excès des vassaux, inférieurs ou employés des justiciers; ce sont les *juniores*, les *homines* dont le seigneur sera rendu responsable; nous les verrons reparaître dans les misères féodales, et les gémissements des justiciables opprimés s'élever plus d'une fois contre eux.

289. Ces exemples montrent suffisamment les *judices* des deux premières races continuant les abus des *judices* romains et peut-être en faisant le principal profit de leurs fonctions. Si les lois romaines ne signalent pas nominativement les excès que les capitulaires indiquent, il est facile de voir que les expressions générales des premières devaient à peu près comprendre les désignations particulières des secondes, et que réciproquement les abus de la domination nouvelle renferment ceux de la précédente. Les extorsions ont pu changer de mode, et les moyens de spoliation recevoir de l'état social un caractère différent, mais les objets n'ont point varié, ni la nature de l'oppression ne s'est modifiée: les opprimés sont toujours la même classe d'hommes; c'est toujours le peuple vaincu par les armes romaines, et le tributaire de l'étranger.

Aussi cet état violent des populations se manifeste, de toutes parts, par les mêmes symptômes de souffrance et de contrainte. Les terres continuent d'être abandonnées du cultivateur dont les récoltes sont sans cesse enlevées par le justicier ou ses agents; la domination des comtes barbares offre les mêmes résultats que celle des comtes romains. Laissons encore les textes législatifs nous faire l'histoire de ces désastres :

An. 801. « Audivimus etiam quòd juniores comitum vel ali» qui ministri reipublicæ, sive etiam nonnulli fortiores vassi » comitum, aliquas redhibitiones vel collectiones, quidam per » pastum, quidam etiam sine pasto, quasi deprecando à populo » exigere solent similiter quoque operas collectionis frugum,

(1) Baluze, 2, 67.

» arare, seminare, runcare, carrucare, vel cætera his similia, à » populo per easdem vel per alias machinationes exigere con» suevêre, non tantùm ab ecclesiasticis, sed etiam à reliquo po» pulo. Quæ omnia nobis ab omni populo justè removenda esse » videntur. Quia in quibusdam locis in tantum indè popu» lus oppressus est, ut multi ferre non valentes, per fugam à » dominis vel à patronis suis lapsi fuerint et terræ ipsæ in soli» tudinem redactæ sunt. Potentioribus autem vel ditioribus, in » spontaneâ tantum voluntate vel mutuâ dilectione volentibus » solatia præstare invicem, minimè prohibemus (1). »

Arrêtons-nous un instant sur ce document de la domination de Charlemagne; c'est le plus complet que nous possédions dans la matière de nos observations actuelles. Déjà je l'ai cité en partie comme constatant l'origine et l'existence des corvées justicières (n° 146); c'est sous un autre aspect que nous devons le considérer ici.

290. J'ai fait voir la législation romaine s'efforçant d'empêcher les comtes, les officiers publics et les privilégiés puissants d'employer les cultivateurs à leur service, comme s'ils étaient leurs esclaves; nous retrouvons les mêmes personnes en possession du même abus : ce sont les COMITES, MINISTRI, FORTIORES,

---

(1) *Excerpta è leg. Longob.* Baluze, 1, 356, 66. Trad. : « Nous avons appris » que certains *juniores* des comtes, ou quelques officiers de la république, et » même plusieurs vassaux puissants des comtes, sont dans l'usage d'exiger du » peuple, sous forme de présents, certaines prestations et redevances, les unes » à l'occasion du past, et d'autres en l'absence de ce prétexte. De même aussi » ils ont établi la coutume, par ces manœuvres ou par d'autres semblables, » d'obliger les hommes du peuple, ecclésiastiques et autres, à faire la récolte » de leurs fruits, à labourer, semer, sarcler, charroyer, et services de même » nature. Il nous a paru juste de délivrer le peuple de cette servitude illégi» time; car, dans certaines localités, les populations ont été si gravement » opprimées, qu'un grand nombre des habitants, trouvant leur état intoléra» ble, se sont soustraits par la fuite à la domination de leurs seigneurs ou de » leurs patrons, et les terres ont été réduites en solitudes. Cependant nous » n'interdisons pas de rechercher la protection des riches et des puissants par » des concessions réciproques, spontanées et déterminées seulement par une » volonté libre et un sentiment d'affection mutuelle. »

VASSI, qui soumettent le peuple à ces obligations illégitimes que le prince interdit.

C'était un abus commun, général, ancien sous la domination romaine, puisque Justinien croyait devoir y consacrer un titre exprès dans la collection des lois impériales : NE RUSTICANI AD ULLUM OBSEQUIUM DEVOCENTUR. C'est bien aussi comme coutume établie, comme usage invétéré, que Charlemagne présente les excès qu'il veut réprimer : EXIGERE SOLENT... EXIGERE CONSUEVÈRE.

Enfin deux effets remarquables de ces vexations sont expressément signalés : l'abandon des terres et le recours au patronat. Mais on aperçoit entre la législation de Rome et celle des capitulaires une différence profonde et caractéristique des deux époques. Dans la première, la protection que la loi croit devoir au laboureur ne l'empêche pas de lui faire un crime de sa fuite et de le poursuivre partout où il tente de se réfugier pour se soustraire à l'intolérable tyrannie dont on le reconnait victime; il est ramené, par la force et par la crainte des plus cruels châtiments, à la culture de cette terre qui doit ses fruits à la subsistance de Rome (1). La loi barbare est plus humaine : elle voit dans la fuite du cultivateur le mal général et la ruine du pays; mais elle ne l'impute qu'aux auteurs des misères devant lesquelles le tributaire a dû fuir; elle prend en pitié celui qui souffre; à ses yeux l'opprimé n'est plus le *rusticanus*, le *curialis*, le *provincialis*, c'est le peuple : *Hæc omnia ab omni populo removenda*. Évidemment des rapports qui n'existaient point entre Rome et les nations tributaires existent entre le peuple et la royauté; déjà se manifestent les liens qui doivent les unir plus tard contre le pouvoir seigneurial et les faire triompher de leur ennemi commun.

Sur le second point, la différence est plus sensible encore : la loi romaine ne transigeait point avec le patrociniat; dans aucune disposition elle ne le tolère; c'est à ses yeux un crime grave et qu'elle frappe de menaces terribles : *Abstineant*, dit une loi de Valentinien, *patrociniis agricolæ*, *subjugandi supplicio*, *si*

(1) Cod. Just., tit. 47, 50 et suivants; tit. 63, l. 2.

talia sibimetadjumenta commentis audacibus conquisierint (1). Au temps de Charlemagne, le patronat est un droit acquis au pauvre qui cherche un appui et au riche qui veut accroître sa puissance. Les dons mutuels, les présents qui doivent former entre eux le lien d'affection et de défense réciproques, en un mot, les éléments et la convention du séniorat sont devenus légitimes ; dans une foule de dispositions la loi les rappelle pour les autoriser et y inviter en quelque sorte par ses exceptions favorables (2).

291. Tel est le tableau que nous offre la législation des capitulaires, c'est-à-dire l'administration des rois des deux premières races ; les dispositions répressives et, par cela même, indicatives des abus justiciers se succèdent sans relâche ; il semble que ce mal soit le plus grand dont la société soit alors tourmentée ; plus grand encore que les guerres étrangères et les invasions des Normands. Et, en effet, les désastreux résultats qui firent des troisième et quatrième siècles l'une des plus misérables époques de l'histoire se reproduisent avec les mêmes caractères et les mêmes désolations. Les contribuables, réduits à fuir leurs cultures, forment de nouveau les bandes errantes qui, sous le nom de Bagaudes, avaient dévasté les provinces aux derniers temps de la domination romaine. Le territoire est infesté de brigands ; les voyageurs sont assassinés et volés sur toutes les routes ; les campagnes sont pillées, les maisons incendiées ; des comtés entiers sont envahis ; les derniers débris d'organisation vont disparaître devant une guerre de chouanage qui s'étend partout, à laquelle des hommes puissants sont associés, et que favorisent même les comtes et les officiers publics.

C'est ainsi que l'un des derniers capitulaires, concernant la police du royaume, nous retrace l'état de la société :

I. *Perventum est ad nos quòd eos qui Romam orationis causa pergunt, vel qui negotiandi causá per regnum nostrum dis-*

---

(1) Cod. Théod., l. 11, tit. 24, l. 2 et suiv.

(2) Voy. notamment le précepte des Espagnols, *suprà*, n° 91.

currunt, collecti latrones diripianteosque aliquoties vulnerent vel occidant et eorum bona diripiant.... quia ex diversis locis hujusmodi noxii homines inter se conspirent et diversos comitatus circumeuntes prædas et rapinas per villas seu per vias, vel per sylvas faciant, et innocentes homines deprædentur et spolient (1).

Cette organisation de brigands (COLLECTI LATRONES) trouve son appui dans la population, parmi les riches et les possesseurs : *Audivimus quoque quòd quidam, domos et possessiones habentes, concilient sibi atque consocient latrones aliundè venientes, eosque occultè foveant, et solatientur ad tale facinus perpetrandum, ut quidquid ipsi et pernicioso opere adquisierint, cum eis partiantur.*

Les comtes, les officiers publics eux-mêmes favorisent les voleurs, et, sans doute, sont associés à leur butin : *Sciat autem unusquisque fidelium nostrorum quia quisque comes et quilibet publicus minister malefactoribus assensum præbuerit, nostræ indignationis motum sentiet.*

Enfin, le capitulaire révèle la cause de ces troubles et de ce désordre : ce sont les justiciers qui les premiers pillent les populations : les grands, les honorés, les ecclésiastiques eux-mêmes promènent en tous lieux leur terrible présence :

4. *Hoc pervenit ad notitiam nostram, quòd quandò potentes et honorati, sive ecclesiastici, sive seculares, ad nos veniunt, à populo, in quorum domibus mansiones accipiunt, suis usibus, suorumque equorum necessaria per vim tollant, et hâc occasione populus noster affligatur.*

Ainsi, les abus du *cursus publicus* se présentent dans ce qu'ils ont de plus excessif et de plus odieux ; j'en ai déjà fait l'histoire (n°° 117 et 143); nous savons que, même sous la sévère administration de Charlemagne, il fallait une défense expresse pour empêcher le porteur de la TRACTORIA de convertir les obligations des redevables en terres ou en esclaves, IN TERRIS, NEQUE IN MANCIPIIS, n'autorisant que l'échange des fournitures contre des vêtements, des armes, de l'or et de l'argent.

(1) Baluze, 2, 345 et suivantes.

Quel put être l'effet des interdictions impuissantes de Louis-le-Bègue ? Quel état social que celui où c'est à ses officiers, aux privilégiés, aux ecclésiastiques, que le roi défend de voler à main armée ! *Nihil in veniendo aut revertendo ab aliquo violenter tollat*. Et, chose remarquable, le prince n'ose pas menacer d'une peine l'infracteur d'une défense aussi légitime.

Les justiciers sédentaires ne sont pas moins redoutables : *Hoc etiam multorum querelis ad nos delatum, quòd potentes et honorati viri, locis quibus conversantur, minorem populum depopulentur et opprimant, eorum prata depascant, mansionem etiam contra voluntatem privatorum hominum sive pauperum domibus suis.....* CÆTERA DESUNT (1) ; mais les coutumes précédentes et celles qui doivent suivre suppléent suffisamment au défaut du texte.

Si dans toutes les parties du royaume les cultivateurs se réunissent en bandes de brigands, faut-il en chercher d'autres causes que celles qui les chassent de leurs chaumières, les forcent d'abandonner les champs et de recourir au pillage pour subsister ? Ce sont les exactions justicières qui, suivant le dire des rois, impuissants témoins de ces calamités, changent les campagnes en solitudes : *terræ in solitudinem redactæ sunt*, dit Charlemagne ; détruisent les populations, *populum depopulentur*, suivant l'expression de Louis-le-Bègue, et transforment les villageois en bandits. Les paroles de Salvien n'ont rien perdu de leur vérité : *Quibus enim aliis rebus Bacaudæ facti sunt*, *nisi* IMPROBITATIBUS JUDICUM, *nisi eorum* RAPINIS QUI EXACTIONIS PUBLICÆ NOMEN *in* QUÆSTUS PROPRII EMOLUMENTA MUTARUNT.

292. L'établissement du régime seigneurial et ses effets sur les populations ont été bien diversement appréciés : « Dans l'é- » tat où était l'Europe, dit Montesquieu, on n'aurait pas cru » qu'elle pût se rétablir, surtout lorsque, sous Charlemagne, » elle ne forma plus qu'un vaste empire. Mais, par la nature du » gouvernement d'alors, elle se partagea en une infinité de pe-

(1) Baluze, 2, 346 et suivantes.

» tites souverainetés; et comme un seigneur résidait dans son » village ou dans sa ville, qu'il n'était grand, riche ou puissant, » que dis-je? qu'il n'était en sûreté que par le nombre de ses » habitants, *chacun s'attacha avec une attention singulière » à faire fleurir leur petit pays* (1). »

M. Laboulaye apprécie tout autrement la même époque et les mêmes évènements : « Dans l'anarchie des derniers règnes caro- » lingiens, les comtes, saisis de la puissance publique, abusèrent » étrangement de ce pouvoir pour réduire les hommes libres à » une condition pour le moins aussi misérable que celle des co- » lons. Douanes, péages, moulins, pâturages dans les forêts na- » guère communes, tout ce qui était commerce, agriculture, » industrie, ils s'en saisirent. Dans leurs mains avares tout de- » vint monopole. Il fallut payer partout et pour tout. Les dons » gratuits jadis offerts au roi, ils se les attribuèrent et en firent » une redevance habituelle; ils contraignirent les habitants des » comtés, non-seulement à faire les corvées publiques, mais en- » core à semer, à cultiver, à récolter pour le maître. L'homme » libre fut aussi misérable que le colon; la seule différence fut » l'illégitimité du titre qui réclamait sans cesse contre son assu- » jétissement (2). »

Le lecteur va juger de quel côté se trouve l'esprit de système ou la vérité.

A l'époque où, suivant Montesquieu, chaque seigneur devenu souverain s'attache à faire fleurir son petit pays, les cris de détresse et les révoltes des hommes de pooste éclatent de toutes parts; c'est alors que les paysans de Normandie prennent les armes pour maintenir leurs libertés, leurs droits au sol, aux rivières, et se soustraire à l'établissement des forêts (nº 37). A l'exemple de toutes les tentatives de cette nature, leurs efforts n'aboutissent qu'à rendre leur assujétissement plus terrible, à sanctionner les actes du pouvoir qui les opprime, et à faire éclater la barbarie de leurs oppresseurs.

Ces effroyables résultats de la tyrannie justicière et seigneu-

(1) *Esprit des lois*, liv. 23, ch. 24.

(2) *De la propriété*, p. 455.

riale vont se renouveler de siècle en siècle, tant que subsistera l'action qui lui appartient; tant que l'homme de pooste sera seul tributaire, seul soumis aux extorsions des hommes privilégiés, les révoltes sanglantes des paysans ne cesseront pas de signaler les souffrances qu'ils endurent et l'excès de leurs maux. Dans les campagnes, les insurrections populaires ne sauraient être l'œuvre de l'intrigue et de l'ambition; les colères des populations rurales ne sont pas de celles que l'argent peut stimuler, ou l'intérêt de quelques-uns fomenter et soulever; il faut que la vie, le bien-être, la liberté de tous soient menacés; il faut que la servitude même soit intolérable pour que le laboureur quitte ses récoltes et sa charrue. On peut juger par ce que les vilains ont supporté comme légitime, sous la domination seigneuriale, des actes qui les ont révoltés et les ont jetés sans cesse dans une lutte inégale et sans issue.

293. Aux xe et xie siècles, les paysans normands ne sont pas seuls à se soulever contre la noblesse; les mêmes causes produisent partout les mêmes effets. Les manants de la Bretagne prennent également les armes et assiégent les seigneurs dans leurs châteaux. Partout les justiciers, obligés de subvenir aux guerres privées ou générales qui se succèdent alors sans relâche, exagèrent les redevances et les obligations de leurs sujets. Leur soulèvement n'a point d'autre motif. Écoutons Wace, l'historien de leurs luttes et de leurs désastres :

. . . .
E plusurs l'ont entr'els juré
Ke jamez par lur volenté
N'arunt seingnur ne avoé.
Seingnur ne lur font se mal nun;
Ne poent aveir od els raisun
Ne lur gaainz ne lur laburs,
Chescun jur vunt à grant dolurs
En paine sunt et en anhan,
Autan fu mal è pis cel an.
Tute jur sunt lur bestes prises
Pur aies e pur servises;
Tant i a plaintes è quereles
E custumes viez è nuveles
Ne poent une heure aveire paiz,

Tus en jur sunt semuns de plaiz :
Plaiz de forez, plaiz de moneies,
Plaiz de purprises, plaiz de veies,
Plaiz de biés, plaiz de moutes,
Plaiz de fautez, plaiz dè toutes,
Plaiz d'aguaiz, plaiz de graveries,
Plaiz de medlées, plaiz de aïes.
Tant i a prevoz et bedels,
E tant bailliz viez è nuvels;
Ne poent aveir paiz nule hure;
Tantes choses lor metent sure
Kil ne se poent desranier,
Chescun vult aveir sun luier;
A force font lur bestes prendre,
Tenir nes' poent, ne desfendre.
Ne poent mie issi garir;
Terres lur estuum guerpir
Ne poent aver nul garant,
Ne vers seingnur ne vers serjant;
Ne leur tiennent nul covenant :
Fils à putain, dient auquant
Pur kei nus laissum damagier ?
Metum nus fors de lor dangier;
Nus sumes homes cum il sunt;
Tex membres avum cum il sunt,
Et altresi granz cors avum,
Et altretant sofrir poum;
Ne nus faut fors cuer sulement.
Alium nus par serement,
Nos aveir è nus desfendum,
E tuit ensemle nus tenum.
. . . .

Ainsi le poète des temps seigneuriaux tient le même langage que les historiens et les législateurs des temps précédents; rien n'est changé dans les misères du peuple, seulement leur tableau est devenu l'exacte nomenclature des prétentions de la justice seigneuriale.

Au quatorzième siècle, les guerres désastreuses ont de nouveau ruiné la noblesse. Pour soutenir leur rang et leurs charges, les justiciers exagèrent encore leurs exigences fiscales; les tailles, les redevances, les exactions de toute sortes sont multipliées. Les Bagaudes se renouvellent, et le royaume est de nou-

veau désolé par les vilains révoltés ; l'insurrection prend le nom de Jacquerie.

Le soulèvement résulte des mêmes causes ; les paysans font entendre les mêmes plaintes et se vengent des mêmes ennemis : « La guerre des Bagaudes, dit M. de Petigny dans ses intéres- » santes études de l'histoire mérovingienne (1), ne diffère en » rien de la Jacquerie du quatorzième siècle. Elle fut provoquée » par les mêmes causes, les maux affreux que l'invasion étran- » gère faisait peser sur les populations des campagnes, impitoya- » blement pressurées par les seigneurs et par le fisc. Elle eut les » mêmes effets : le massacre des riches, des nobles, des fonc- » tionnaires, le pillage des châteaux, l'attaque des villes, le bri- » gandage sur les routes ; elle eut la même marche, les mêmes » vicissitudes et la même fin. On peut dire que l'histoire de » l'une serait presque exactement l'histoire de l'autre. »

294. C'est à tort que quelques historiens ont cru voir dans ces luttes incessantes des paysans contre la noblesse l'effet des haines de races et de populations diverses : j'ai fait observer, au contraire, qu'un grand nombre de justiciers étaient pris parmi les tributaires et même parmi les esclaves ; c'est à l'exercice de leur action, à l'abus de leur pouvoir, en un mot à leurs droits et à leurs exactions, qu'il faut attribuer les révoltes et leurs sanglants résultats. Ce qui rend cette assertion manifeste, c'est que les mêmes résistances se rencontrent sous l'administration royale exerçant, dans l'intérêt du fisc, les perceptions seigneuriales revêtues de nouveau du caractère d'impôt public. Les dernières années du règne de Louis XIV furent signalées par de perpétuelles révoltes dont les historiens du grand roi ont à peine parlé et qui néanmoins furent graves et générales. Ce sont encore les paysans, c'est-à-dire les contribuables, portant seuls alors le fardeau de l'impôt et payant de leur sang et de leur misère la gloire du monarque, qui se refusent à lui abandonner la dernière subsistance de leurs familles et s'arment pour la défendre. C'est à ces causes que se rattachèrent les résistances de la Bretagne ; c'est de-

(1) Tom. 1, p. 201.

vant la taille, le fouage, la capitation, que le laboureur se révoltait. Les horreurs que décrit Lactance sont renouvelées par les agents du fisc royal; le collecteur pénètre dans les chaumières à la tête de soldats armés; le contribuable est arraché de son foyer, maltraité, excédé de mauvais traitements, jusqu'a ce qu'il ait livré ses dernières ressources. Ses récoltes lui sont enlevées, ses bestiaux sont emmenés, ses outils de labourage sont vendus, et ceux qui n'ont pu satisfaire à la rapacité des traitants sont pendus (1).

Si l'on réfléchit à la nature des exactions fiscales ou seigneuriales, on reconnaîtra facilement pourquoi leur excès a de tout temps été plus irritant que la servitude elle-même. Le maître a toujours nourri son esclave ou du moins a dû lui laisser des moyens d'existence; son intérêt même l'y conduit. Mais le justicier pouvait pressurer à loisir son vilain; en le dépouillant il s'enrichissait. Défontaine explique parfaitement cette différence et pourquoi la position de l'homme de pooste était plus misérable que celle du serf; toutes les choses de l'esclave sont à son seigneur, celui-ci ne saurait donc le dépouiller sans s'appauvrir lui-lui-même; mais il n'en est pas ainsi des choses du vilain: en les prenant il acquiert, « sur le péril de s'âme et comme robières » (no 133).

295. Aussi l'histoire nous présente au moyen âge, d'une part, le serf refusant la liberté, si elle n'est accompagnée de conditions fixes et de garanties assurées que les redevances seront invariables, et de l'autre l'homme de pooste, l'homme libre, excédé par les exactions seigneuriales, se jetant dans la servitude et multipliant les mainmortes. C'est ainsi que les historiens et les jurisconsultes expliquent le nombre considérable de serfs qui peuplaient la Bourgogne et la Franche-Comté. Écoutons Dumoulin: « Recens historia me docuit etiam esse refugium et asy- » lum contra tolerandam tyrannidem, ut à tempore Francisci » primi qui exactiones illas quas tallias vocant, pluribus seculis » post seculum Caroli Magni inventas, et initio ad tempus tantùm

(1) Voy., sur ce point, les lettres curieuses de madame de Sévigné, écrites de son château des Rochers.

» receptas, mirum in modum auxit, usquè adeò ut ingens multitudo è Picardiâ et Neustriâ multiplicata exactionum et novorum exactorum et quæstuariorum judicum, onera ferre non valens, solum vertere coacta sit etiam extra regnum, cladem illam » fugiens, barbaricâ incursione non minorem, et in nemoribus et » desertis Sequanorum (Comitatum Francum vocant), ad culturam reducendis, hujusmodi servili *conditione, quam manusmortuæ vocant, sese subjicere, ut anno* 1556, *non sine magno dedecore Galliæ* VIDI (1). »

C'était la loi justicière de la Bourgogne et de la Franche-Comté que la réduction en mainmorte ou servage de tout étranger qui s'établissait dans le territoire (n° 210) ; ainsi la servitude était encore au seizième siècle la ressource du tributaire contre les terribles conditions des exigences fiscales; le spectacle de la domination des justiciers romains se perpétuait sous les yeux de Dumoulin, et les paroles du grand jurisconsulte, racontant les faits de son époque, sont presque les mêmes que celles de Salvien transmettant à la postérité les misères de son temps. Je ne puis résister au désir de montrer encore ce rapprochement si remarquable et si manifestement caractéristique de la puissance justicière :

Qui privatâ pervasione, dit Salvien, nudati sunt, publicâ adflictione moriantur, et quibus rem deprædatio tulit, vitam tollit exactio. Itaque nonnulli eorum de quibus loquimur, qui aut con-

---

(1) *Des fiefs*, tit. 1, § 3, gl. 3, n° 4. Trad. : « Des évènements récents nous » ont montré la mainmorte tenant lieu de refuge et d'asile contre la tyrannie. » Dès le temps de François Ier, ces exactions que l'on nomme tailles, inventées plusieurs siècles après le règne de Charlemagne, et consenties d'abord » comme temporaires, furent augmentées avec excès ; tellement qu'une multitude nombreuse, chassée de Picardie et de Normandie par les extorsions des » justiciers et des agents fiscaux, ne pouvant supporter de telles charges, se vit » forcée de chercher d'autres terres que celles du royaume ; fuyant cette désastreuse oppression, ces hommes rencontrèrent une barbarie non moins » grande ; car, en s'établissant dans les forêts et dans les déserts des *Séquaniens* (qu'on appelle la Franche-Comté) pour les mettre en culture, ils ont » été réduits à la condition de servitude que l'on nomme mainmorte. Ces » choses, honteuses pour l'honneur de la France, se sont passées en 1556 *et* » *je les ai vues.* »

sultiores sunt, ant quos consultos necessitas fecit, cum domicilia aut agellos suos pervasionibus perdunt, aut fugati ab exactoribus deserunt, quia tenere non possunt, fundos majorum expetunt et coloni divitum fiunt... illud gravius et acerbius quod additur huic malo sævius malum. Nam suscipiuntur ut advenæ, fiunt præjudicio habitationis indigenæ et exemplo quodam illius maleficæ præpotentis, quæ transferre homines in bestias dicebatur, ita et isti omnes... nam quos suscipiunt ut extraneos et alienos, incipiunt habere quasi proprios; quos esse constat ingenuos, vertuntur in servos (1).

296. Cet exemple de persistance et d'identité des mêmes causes et des mêmes résultats est d'autant plus remarquable qu'il présente à l'observation l'action de deux abus qui se sont classés dans la catégorie des droits de justice. C'est en effet par l'abus du droit de taille que les malheureux tributaires du troisième et du seizième siècle sont chassés de leurs demeures, et c'est par l'abus de l'aubenage ou droit d'aubaine qu'ils sont également, à ces deux époques, réduits en servitude.

La taille et l'aubenage sont d'origine romaine, en ce sens qu'on voit ces deux excès indiqués dans la législation impériale, ou du moins leur usage et leurs terribles applications.

Le droit de taille consistait dans les coutumes en une somme d'argent que le taillable ou homme de pooste devait au seigneur

---

(1) *De gubernatione Dei.* Trad. : « Il en est qui, dépouillés de tout par cette » dévastation privée, meurent dans cette affliction générale ; à ceux que le » mal a spoliés, l'exaction enlève la vie. D'autres, plus prévoyants, ou que la » nécessité a rendus tels, abandonnant leurs maisons et leur fortune, ou, chas- » sés par les justiciers et leur intolérable oppression, se réfugient sur les terres » des riches et se font leurs colons... Mais ce qu'il y a de plus cruel et de plus » triste, c'est qu'un plus grand mal vient s'ajouter à ce mal. En effet, on les » reçoit comme aubains (*advenæ*), et ils deviennent serfs à cause de leur habi- » tation sur ces lieux. De même que la déesse malfaisante de la fable chan- » geait les hommes en bêtes, de même ils sont transformés... Car tous ceux » qui entrent dans ces possessions comme étrangers ou aubains tombent » sous la propriété des maîtres, et ceux qui sont libres par leur nature sont » changés en esclaves. »

justicier dans certains cas et certaines circonstances; les textes en indiquent de plusieurs sortes et sous diverses dénominations.

La plupart des feudistes ne peuvent expliquer l'origine des droits de taille : les uns la reportent aux guerres du quinzième siècle, en se fondant sur ce passage de l'historien Froissard : « Les seigneurs se forment sur autre condition et manière qu'ils » ne faisaient pour lors, et trouvent, pour le présent, plus grande » chevance que ne faisaient leurs prédécesseurs du temps passé; » car ils taillent leur peuple à volonté, et du temps passé ils n'o» saient, fort leurs rentes et revenus. »

C'est notamment l'opinion de Delaurière (1), et l'on a vu tout-à-l'heure Dumoulin indiquer la taille comme d'origine moderne; Chabrol, sur la coutume d'Auvergne, pense néanmoins que l'usage de ce droit est antérieur aux croisades (2).

L'étymologie du mot taille me semble indiquer assez clairement la source du droit qu'il exprime.

On a pu remarquer avec quelle régularité les rédacteurs des actes ont reproduit de siècle en siècle les expressions usitées par leurs devanciers; c'est dans cet usage que nous retrouvons la signification du mot latin *talia*. En effet, aux perceptions régulières et nommées se joignaient presque constamment, dans les habitudes justicières, des exactions irrégulières et innommées, que les seigneurs comprenaient dans leurs profits de justice. L'extorsion injuste était expressément comprise dans les transmissions qu'ils faisaient ou dans les évaluations et inventaires de leurs possessions. On a vu plus haut (n° 144) une charte de 1102 porter : *Hæ sunt quæ ad viariam pertinebant... et* QUIDQUID JUSTÈ VEL INJUSTÈ EXIGERE POTEST *dominus ab hospite sub viariâ constituto.*

Dans les textes des capitulaires, l'énumération des abus reprochés aux justiciers est ordinairement suivie d'une expression

(1) Sur Loysel, liv. 6, tit. 6, *præm.*
(2) Cout. d'Auvergne, chap. 25. Voy. aussi Boutciller, ch. 86.

générale, comprenant dans la mesure prohibitive les exactions de même nature que celles qui viennent d'être nominativement indiquées. On peut voir, par exemple, le capitulaire cité ci-dessus, p. 255, où on lit : *Aliquas redhibitiones, vel collationes, quidam per pastum, quidam sine pasto... operas, collationes frugum vel cætera* HIS SIMILIA. Dans d'autres actes ces derniers mots sont remplacés par ceux-ci dont le sens est le même : VEL HIS TALIA ; ou ceux-ci : *alia talia ;* ou simplement *talia*. Parfois au terme *alia* est ajouté le nom qui désigne la chose : *Nullum censum, aut tributum, aut operas aut* ALIAS *functiones* (1). L'expression *talia* seule a fini par prévaloir ; longtemps on la trouve comme complément d'une énumération ; puis on la rencontre seule pour désigner les mêmes objets ; enfin les traducteurs praticiens en ont fait le mot *taille*. Les exemples donnés jusqu'ici suffisent pour reconnaître la vérité de cette étymologie sur laquelle il est inutile d'insister davantage.

Il reste donc à se demander ce que comprenait originairement cette désignation vague et supplémentaire.

297. Il est d'abord certain que l'objet des tailles était une perception reconnue illégitime et rangée dans la classe de celles que le justicier exigeait *injuste*. Jamais, avant le treizième siècle, les textes n'en parlent autrement.

Un capitulaire de 855 les qualifie de la sorte : *Si aliquis de nostris fidelibus, rapinas vel deprædationes, aut* TALIA INLICITA *fecerit* (2), *de quibus populus pro oppressione gemere solet.*

Une charte de 1060 : *Quasdam injustas consuetudines,* TALLIAM *videlicet et omnes alias oppressiones.*

Une autre de 1094 : *Exactiones quas* TALLIAS *vocant.*

Le concile de Latran de 1176 : *Ne subditos suos* TALLIIS *et exactionibus episcopi gravare præsumant* (3).

---

(1) Diplôme de 817, cité par M. Guérard, tom. 1, p. 641.

(2) Baluze, 2, 67, 12.

(3) Brussel, p. 412.

Les actes et les coutumes qualifient le plus souvent l'objet des tailles d'aides, de dons, de secours ; de même les textes antérieurs désignent les extorsions innomées et indiquent leur mode et leur prétexte. *Ne... adjutoria quasi petendo, potiùs etiam exigendo, denarios...* AUT ALIA *quolibet accipiat, id est rapiat*, porte un texte déjà cité (nº 144).

Charlemagne dit également que les exactions des comtes se percevaient sous forme d'une demande : *Quasi deprecando à populo solent exigere* (nº 146).

En effet, la plupart des comtes étaient dans l'usage de réclamer de leurs sujets des prestations à titre de libéralité ; les textes romains parlent fréquemment de ce genre d'extorsion ; les capitulaires les interdisent également, et, ce qui est non moins remarquable, les ordonnances concernant les justiciers royaux reproduisent les dispositions de ces règlements presque dans les mêmes termes.

La loi 6 ff., *De officio proconsulis*, défendait aux officiers de recevoir ou d'exiger des dons de leurs administrés, leur permettant seulement de recevoir ce qui pouvait être propre à leur nourriture quotidienne : *Ne donum vel munus ipse proconsul, vel qui in alio officio erit, accipiat, ematve quid, nisi victûs quotidiani causâ, ad xeniola non pertinet, sed ad ea quæ edulium excedant usum. Sed nec xenia producenda sunt ad munerum qualitatem.*

La loi 18 ff., *De officio præsidis : Ne quis præsidum munus donum caperet ; nisi esculentum, poculentumve quod intra dies proximos prodigatur.*

Charlemagne fait à ses justiciers identiquement la même défense, en y apportant la même exception : *Neque ulla dona ab ipsis accipiant, non caballum, non bovem, non vaccam, non porcum, non vervecem, non porcellum, non agnellum, nec aliam causam* (chose), *nisi buticulas, et ortum, poma, pullos et ova* (1).

L'ordonnance de saint Louis de décembre 1254 portait également au sujet de ses baillis : *Jurabunt etiam donum, seu*

(1) Baluze, 1, 331, 3.

munus quodlibet à quâcumque personâ, per se, vel per alias non recipere in pecuniâ, argento, vel auro, vel rebus aliis quibuscumque mobilibus vel immobilibus, vel beneficiis personalibus, vel perpetuis, præter esculenta et poculenta quorum valor in unâ hebdomadâ summam decem solidorum parisiensium non excedat (1).

Ce règlement des justiciers est évidemment traditionnel ; il s'est transmis de la législation romaine à la législation coutumière avec la constitution justicière elle-même, avec l'usage et l'habitude de l'exigence interdite. Les actes seigneuriaux le contiennent comme les ordonnances royales : Blanche, comtesse de Champagne, avait imposé la condition romaine à ses justiciers inféodés, dans les mêmes termes et avec la même restriction ; charte de 1201 : *Ipsi autem, nullum donum, vel servitium, vel præmium accipient præter quàm in cibariis* (2).

298. Il semble que les actes législatifs ou règlementaires n'aient défendu l'extension des dons que pour en constater l'usage et l'établissement des exactions nouvelles à ce titre ; malgré les prohibitions de la loi romaine, les comtes portaient l'abus de ces exigences à l'excès accoutumé de toutes les autres : *Insuper*, dit encore Salvien, *etiam ridiculos ipsi nos faciamus, aurum quod pendimus, munera vocamus. Dicimus donum esse, quod pretium est, et quidem pretium conditionis durissimæ ac miserrimæ.*

Ils s'efforcèrent de bonne heure de faire passer ces dons obtenus par la violence ou la nécessité en coutumes légales : *Nec xenia producenda sunt ad munerum qualitatem*, dit la loi 6 sustranscrite ; un capitulaire de Louis-le-Débonnaire constate les mêmes tentatives :

An. 815 : *Quòd si illi propter lenitatem et mansuetudinem comitis, sui eidem comiti honoris et obsequii gratiâ quippiam de rebus suis exhibuerint, non hæc eis pro tributo vel censu aliquo computatur, aut comes vel successores ejus hæc in consuetudinem præsumant* (3).

---

(1) Collect. du Louv., 1, 65.

(2) Brussel, p. 412.

(3) Baluze, 1, 551, 5.

Au quinzième siècle, les justiciers de bas étage se créaient encore des redevances au même titre, malgré la condition de l'inféodation de leur justice et les défenses réitérées des princes et des chefs de provinces : « Tous les sergents féodés ou leurs » commis, dit *Hévin* dans un passage déjà indiqué, rançonnèrent les hommes des villes de leur établissement et bailliage, » d'abord sous le nom de libéralités qu'on leur faisait de peur » de recevoir pis, comme les idolâtres faisaient des offrandes » aux mauvaises divinités de crainte qu'elles ne leur fissent du » mal ; *mais ces exactions passèrent en coutume* (1). »

D'Argentré ne donne point d'autre origine aux tailles coutumières : *Quæ quidem*, dit-il sur l'art. 87 de la coutume de Bretagne, *pridem officio humanitatis et beneficentiæ fuere, ea cum tempore, usurpatione et potentiorum opibus, in necessitatem transierunt.*

299. Dans ces temps de misère où la coutume était la loi suprême, malheur à celui sur qui deux fois un même abus s'exerçait ! La violence réitérée prenait à l'instant le caractère de droit ; l'acte le plus odieux paraissait légitime s'il était renouvelé dans l'espace que peut comprendre la mémoire des vivants. C'est ainsi que s'établirent ces incroyables coutumes qui autorisaient les pillages et les dévastations dans des circonstances déterminées, le droit des seigneurs de prendre ici les chevaux, là les bœufs et les récoltes, ailleurs le linge et l'argenterie, non-seulement des hommes de pooste, mais encore des hommes riches, qui sans doute n'avaient pas toujours pu se défendre de ces déprédations. La plus étrange de ces coutumes fut assurément celle, que réclamaient encore au treizième siècle plusieurs hauts seigneurs, de piller complètement les palais des évêques décédés et de prélever une contribution arbitraire sur leurs sujets. Philippe Ier tenta vainement d'arrêter cet abus en y renonçant à l'égard de l'évêché de Chartres. Son ordonnance à cet égard est un monument curieux des mœurs du moyen âge et de la barbarie

(1) *Questions sur les fiefs*, p. 79 et 277.

féodale : « Nostræ majestatis auctoritate res prætextatas à pravâ
» consuetudine liberamus, domum scilicet et domûs ejusdem
» ferrum, plumbum, vitrum, lignum, lapides, cæterumque su-
» pellectilem, scilicet tabulas, scamna, scabella, vasa vinaria,
» lectos, necnon coquinas et horrea granaria, cellaria, torcula-
» ria, furnos, furnorumque domos, sive in urbe, sive extra ur-
» bem, sylvas ut non vendantur, nec succidantur, nec dentur;
» annonam quoque, vinum, fenum, oves et boves, et cætera ani-
» malia, omniaque reliqua mobilia, quæ congregata, vel col-
» lecta fuerint, sive in urbe, sive extra urbem, ante obitum, vel
» discessum episcopi cujuslibet, intacta manere firmamus...
» Concedimus etiam ut exactio quæ defunctis episcopis disce-
» dentibus fieri solet in servientes episcopi, vel rusticos, de cætero
» nunquam fiet (1). »

Le plus souvent les héritiers des évêques étaient des hommes du peuple, peu capables de défendre la succession dont les seigneurs s'emparèrent d'abord, puis convertirent en droit leur vol à main armée. Longtemps les papes essayèrent vainement de remédier à cet abus. Dans le onzième siècle et dans les suivants, les seigneurs renoncèrent successivement à cette coutume, mais au treizième elle n'était pas encore entièrement éteinte (2).

300. Si la puissance ecclésiastique devait subir les consé-

---

(1) Trad. : « Nous entendons, de notre pleine autorité, abolir à jamais la » mauvaise coutume de nous emparer de la maison de l'évêque décédé et » d'aucun de ses successeurs, du fer, du plomb, du verre, du bois, des pierres » et de tout le mobilier, savoir : les tables, les chaises, les escabeaux, les ton- » neaux, les lits, les ustensiles de cuisine, les greniers, les caves, les fours, soit » dans la ville, soit hors de la ville ; de vendre, de couper ou de donner les » forêts; d'enlever les grains, le vin, le foin, les brebis, les bœufs et autre bé- » tail, ni tous les autres biens qui ont été recueillis, soit dans la ville, soit hors » de la ville....... Nous renonçons également à exercer l'exaction habituelle » qui se prend au décès de l'évêque, soit sur ses serviteurs, soit sur ses villa- » geois. »

Voy. dans Brussel, p. 343 et suivantes, des actes de renonciation à l'égard d'autres églises, révélant le même pillage ou le même droit, et conçus dans des termes à peu près identiques.

(2) Voy. Brussel, p. 317.

quences d'un fait réitéré, quelque abusif qu'il fût, on conçoit que les dons exigés si souvent de l'homme de pooste durent promptement s'établir en coutume. Cependant, en 1251, Mathieu Paris représente la prétention du roi, à cet égard, comme une innovation dans la loi d'Angleterre : après avoir dit que nul ne pouvait se soustraire à l'exigence de dons, exercée par Édouard et par ses officiers, il ajoute : *Imò nec erubent ipsa, non tanquam gratuita, sed quasi debita postulare* (1).

Enfin, le don forcé s'inscrivit parmi les droits de justice, comme ceux qui dérivaient de l'hospitalité; ces deux causes généreuses furent des sources fécondes d'exaction seigneuriale; on a vu plus haut (nº 144) l'exposé des droits qui découlèrent de l'*hospitatura ;* ceux qui dérivèrent de la libéralité supposée des justiciables ne furent ni moins multipliés, ni moins désastreux. Les mêmes noms conservent la généalogie de l'abus : le *xenium* de la loi romaine se retrouve dans les titres seigneuriaux, sans changement; c'est l'*exenium* qui désigne la taille : *Exenium*, dit Ducange, *idem quod xenium*, *munus*, *donum*, *oblatio*, *atque adeò quœvis prœstatio vel tributum, sub nomine doni.* Le mot *donum* lui-même devint synonyme de tribut et se classa parmi les profits justiciers. Ducange définit aussi ce terme : *Prœstatio quœvis, tributum, quod sub donationis titulo prœstatur.* Dans la charte de 1201 citée tout à l'heure, la reine Blanche, tout en interdisant à ses prévôts d'exiger des dons et des présents, se réserve néanmoins une part de ceux qui seront faits coutumièrement : *De omnibus autem* DONIS *et expletis quœ non montabunt plus quàm 20 solidos, domina comitissa habebit quatuor partes et prœpositi quintam* (2).

A ces dénominations s'en joignirent d'autres ayant le même sens dans la langue coutumière : *collectiones*, *collecta*, *collationes* (3), *solatia, auxilium, adempra* ou *adempta*, *munera*,

---

(1) Plusieurs impôts perçus par les rois de la troisième race ont conservé le caractère de don gratuit, et jusqu'à la révolution c'est à ce titre que l contributions du clergé et des pays d'états ont été consentis.

(2) Brussel, *ibid.*

(3) Monstrelet nomme la taille *colletage*. Voy. Ragueau, vº *Taille*.

oblia, oblationes, charitationes, subsidium, expressions significatives de ces exactions sous forme de libéralité, *xenia* ou *dona*, comprises dans les capitulaires sous le mot général *talia* et dans le vocabulaire justicier sous celui de taille. Le testament d'Humbert Dauphin, du 1er septembre 1341, relevant ses sujets des injustes coutumes dont il les avait frappés, en fait ainsi l'énumération : *Quòd subjecti in pluribus per ipsos prædecessores suos et ipsum exstiterunt gravati, videlicet in stabilitiis, focagiis*, DONIS, ADEMPRIS, COLLECTIS et TALLIIS EXTRAORDINARIIS et MUNERIBUS. Les *talia inlicita* des capitulaires sont actuellement régulières ; d'autres viennent s'y ajouter et sont extraordinaires ; l'extorsion première est passée en coutume.

Lorsque les redevances justicières furent limitées et soumises à des règles communes, les tailles extraordinaires furent supprimées et les tailles ordinaires restreintes généralement à quatre circonstances exprimées dans les articles suivants de la coutume d'Auvergne, chap 25 :

« Art. 1er. Le seigneur haut justicier a droict et faculté de » tailler ses hommes reseans et subjects en sa haute justice et » pour raison d'icelle en quatre cas.

» Art. 2. C'est à savoir quand il se fait chevalier ; quand il va » en voyage outre mer visiter la terre sainte ; quand il est prisonnier des ennemis, et quand il marie ses filles en premières » nopces. »

La dénomination de tailles, pour exprimer les redevances n'ayant pas de nom particulier, fut appliquée à des prestations de diverses origines : il y eut la taille serve ou à merci, exigée des serfs et la seule dans un assez grand nombre de coutumes ; puis la taille féodale, établie à l'imitation de la taille justicière dans les conventions du fief. Ces deux dernières demeurèrent toujours radicalement distinctes l'une de l'autre : la taille féodale fut réelle, attachée à la possession d'une *tenure* et soumise à toutes les conditions de l'obligation du fief roturier ; la taille justicière fut purement personnelle et applicable seulement à l'homme libre justiciable, de même que toutes les obligations de justice (1) :

(1) Voy. *suprà*, n° 147, les règles des corvées.

les textes de la coutume d'Auvergne sustranscrits concernent la taille justicière ; c'est le seigneur haut justicier qui l'exerce et « sur ses hommes reseans et subjects en sa haute » justice et à cause d'icelle. » Au surplus, le droit des tailles fut varié comme tous ceux qui tiraient leur origine de l'abus ; chaque coutume locale eut ses règles et sa dénomination : taille aux quatre cas, loyaux aides, cas impériaux, tailles franches, tailles réelles, personnelles, haut et bas, à volonté, *à miséricorde et à merci*, etc., etc.

301. Ce sont donc les tailles, c'est-à-dire les exactions sans limites et les contributions à merci, qui exilaient les paysans romains de leurs cultures, et c'est devant elles encore que fuyaient les laboureurs de la Picardie et de la Normandie au seizième siècle. Cette cause première de l'infortune des hommes de pooste était un élément de l'oppression justicière ; celle qui comblait sa misère et le réduisait à l'état d'esclave devint encore généralement un droit de justice.

Les redevables réfugiés dans les terres des hommes puissants étaient faits serfs UT ADVENÆ, PRÆJUDICIO HABITATIONIS, suivant Salvien; c'était comme aubains, et à raison du domicile, que les nouveaux habitants de la Franche-Comté furent frappés de la mainmorte.

Au temps de Salvien, l'usage de traiter l'étranger comme esclave était un abus et non un droit ; longtemps il n'eut que ce caractère ; ainsi, dans les capitulaires de Charlemagne, l'étranger reçoit la même protection que l'habitant de la cité ; il a même droit à la justice publique, et le roi défend que sous aucun prétexte on expulse ceux qui sont mariés dans le lieu de leur séjour :

Volumus ut æqualiter missi nostri faciant de singulis causis, SIVE DE ADVENIS, *sive de cæteris quibuslibet causis. De advenis volumus jamdiù conjugatis per singula loca, ut ibi maneant et sine causâ et sine aliquâ culpâ non fiant ejecti* (1).

Les aubains ou albains étaient rangés dans la classe des hommes libres quoique tributaires ; un diplôme d'immunité de

(1) Baluze, 1, 757, 18.

Louis-le-Débonnaire, déjà transcrit n° 210, en fait mention expresse (an 820).

Mais le nombre des étrangers augmenta considérablement devant les expéditions et les invasions des Normands ; les justiciers commencèrent à piller ces malheureux exilés et à s'emparer des débris de leur fortune ; échappés aux brigandages des ennemis, ils tombèrent sous celui des *judices*.

An 853. *De advenis qui oppressione Nortmannorum vel Britannorum in partes istorum regnorum confugerunt, statuerunt seniores nostri ut à nullo reipublicæ ministro quamcumque violentiam vel oppressionem aut exactionem patiantur; sed liceat eis conductum suum quærere et habere, donec ipsi redeant ad sua loca, aut seniores illorum eos recipiant. Nullus autem eos inservire præsumat, cò quòd loco mercenarii apud aliquem manserint, nec censum aut tributum exigere. Quod si inventus fuerit ex reipublicæ ministris aut aliis quibuslibet contra hoc pietatis præceptum facere aut fecisse, bannum dominicum exindè componat* (1).

La même disposition est renouvelée dans un capitulaire de l'année suivante (2).

Comme fruit de l'abus, l'asservissement de l'étranger ne fut pas dans le droit coutumier une règle générale ; elle s'établit là où la violation des défenses législatives et de la liberté de l'exilé fut plus habituelle ; au temps de saint Louis, ce droit n'existait que dans quelques localités. « Y a il, dit Beaumanoir, chap. 45, » n° 19, de tis terres, quant un frans hons qui n'est pas gentil » hons de lignage y va manoir, et il y est résident un an et jour, » qu'il devient, soit hons, soit feme, sers au seigneur de sol qui » il veut être résident ; mais cette coutume ne quort pas nulle » part en le comté de Clermont. »

Mais en Champagne, en Bourgogne, en Franche-Comté et sous d'autres coutumes, le droit d'asservir l'étranger fut acquis et consacré ; bien plus, cet abus odieux que combattaient les rois barbares et que cherchaient à proscrire les conseillers de

(1) Baluze, 2, 66, 9.
(2) Baluze, 2, 69, 6.

Charles-le-Chauve fut disputé aux seigneurs par les rois de la troisième race; le malheureux échappé à la main seigneuriale dut retomber sous la serre fiscale des officiers royaux. Voyez *suprà*, n° 210, le texte de la coutume de Champagne.

302. Ainsi, dans tous les temps, à toutes les époques, le pouvoir seigneurial porte avec lui son signe caractéristique : la ruine et la misère du possesseur, la dépopulation et l'esclavage ; l'esclavage surtout, avec lequel la liberté de l'homme de pooste offrait tant de similitude, et qui, comme on vient de le voir, lui fut souvent préféré comme un refuge contre l'exaction justicière.

Au surplus, les seigneurs n'attendaient pas toujours, pour augmenter le nombre de leurs serfs, qu'un prétexte ou une cause légale se présentât; Beaumanoir compte la force et la violence parmi les causes du servage : « Et li autres, dit-il, en parlant des » serfs, sont venu parce qu'ils *n'ont eu pooir d'aus défendre* » *des seigneurs, qui à tort et à force les ont attrais à servi-* » *tute* (1). »

L'orgueil nobiliaire plaçait au même rang d'abjection et le serf et l'homme de pooste; l'intérêt seigneurial tendait souvent à les confondre, et, pour les distinguer dans les actes des temps féodaux, il faut se rappeler les conditions de la société romaine, et ses vicissitudes devant l'établissement des institutions qui l'ont suivie. La réduction de tous les Gallo-Romains en servitude a été longtemps considérée comme un fait historique fondamental du droit des roturiers et de leur état ; ce système, qu'on a vu plus haut (n° 269) admis par Loyseau, s'accordait merveilleusement avec les idées que les gentilshommes avaient de leur précellence et les seigneurs de leur autorité sur leurs sujets. Quelque erroné qu'il fût, les écrivains seigneuriaux en tiraient parti et le répandaient dans l'opinion publique; leurs assertions jetaient le doute sur la liberté du vilain qui lui-même devait être rempli d'incertitude sur la nature véritable de sa condition, en

(1) Chap. 45, n° 32.



se voyant réduit aux mêmes misères et à la même vie que le serf son proche voisin.

Il n'est personne qui ne connaisse l'expression célèbre de l'indignation que souleva parmi les seigneurs l'établissement des premières communes : *Communia*, s'écrie l'historien Guibert, *novum ac pessimum nomen sic se habet, ut capite censi omnes solitum servitutis debitum, dominis semel in anno solvant et si quid contra jura deliquerint, pensione legali emendent; cœteræ censuum exactiones, quæ servis infligi solent, omnimodis vacent.* Et ailleurs il parle *de execrabilibus communiis illis, in quibus contra jus et fas violenter servi à dominorum jure se subtrahunt* (1).

Ce ne furent pas des serfs qui se constituèrent en communes; ce furent des hommes libres qui s'armèrent et se réunirent pour se soustraire aux exactions illimitées des justiciers, les régler et déterminer d'une manière fixe leurs redevances; ce fait est désormais hors de doute (v. n° 104). Assurément plus d'un homme engagé dans les liens du servage acquit sa liberté à la faveur des établissements de cette espèce, mais l'affranchissement des esclaves ne fut pas leur caractère ni leur objet. La servitude a persisté bien des siècles, en présence et même au sein des communes; la libération des mainmortables, des serfs et des autres espèces d'esclaves qu'avaient légués les institutions romaines au régime féodal, tient à d'autres causes et n'a point la même histoire ni la même nature que l'indépendance de l'homme de pooste et l'insurrection toute politique des communes.

Les exclamations de Guibert ne témoignent autre chose que le dépit des justiciers de voir leur despotisme entravé et leurs profits limités ou réduits; ce sont les expressions de la haine, expressions dont au reste ils reconnaissaient ailleurs l'injustice et l'inexactitude.

303. L'illégitimité de leurs extorsions et des services qu'ils exigeaient de leurs sujets est proclamée trop souvent dans les actes publics, et jusque dans les titres privés, pour qu'ils se

(1) Ducange, v° *Communia*.

eussent sérieusement maîtres et propriétaires de leurs personnes et de leurs biens, comme ils l'auraient été d'esclaves.

Dans les actes émanés des rois et des princes, les abus seigneuriaux sont constamment qualifiés de PRAVÆ CONSUETUDINES, EXTORSIONES, VEXATIONUM GENERA, termes absolument incompatibles avec l'idée d'une cause légitime quelconque. Ces expressions se retrouvent à chaque intant et dans une foule de citations déjà transcrites dans une autre vue ; elles sont presque de style dans les actes de même nature ; la plupart des règlements de droits justiciers où la puissance royale intervient ont le même préambule.

Charte de Louis-le-Gros de 1104 : « Notum et manifestum » fieri volo præsenti nationi et succedentium posteritati, quòd Nogordus apud Angicurtem *pravas et inusitatas* super terram » Sancti Vedasti *consuetudines extulerat* quos Petrus Deplessiaco » ejus successor, *tenere ut antea invenerat, volebat...* sed ut » justum erat, præfatas *consuetudines, justitiâ nostrâ cogente,* » *liberas esse permisit* (1). »

Charte du même roi, au bénéfice de l'abbaye de Sainte-Marie de Coulombs, an 1119 : « Supradicta enim terra infestatione » *malorum hominum* et *malorum consuetudinum* captione » quæ *à servientibus* terræ illi superpositæ erant, *penè in soli-* » *tudinem redacta fuerat*, et canonicis ampliùs nulla spes » reædificandi supererat ; quas omnes *malas consuetudines* et » ipsam vicariam, nos removentes, brenagium tantummodò » retinentes, præcipimus ne deinceps *illæ malæ consuetudines* » et vicaria capiantur (2). »

---

(1) Brussel, 393. Trad. : « Nous faisons savoir et connaître à la nation » présente et à la postérité que Nogordus avait établi près d'Angicourt, sur la » terre de Saint-Vast, des coutumes injustes et inusitées, que Pierre Duplessis, » son successeur, voulait maintenir comme il les avait trouvées,.... Mais, ainsi » qu'il était juste, et contraint par notre puissance, il a consenti à renoncer » auxdites coutumes. »

(2) Brussel, p. 395. Trad. : « Par suite des incursions des hommes mé» chants et l'exaction de mauvaises coutumes exercées par les justiciers, cette » terre était presque réduite en solitude, et les moines ne conservaient aucune

Charte d'Eudes, comte de Blois, an 978 : *Expetierunt nostram præsentiam... reclamantes se* PRÆGRAVARI *et suam potestatem* INJUSTE *tractari, nec statuta regalia per privilegia et præcepta eidem loco collata conservari, sed* INJUSTAS LEGES ET EXACTIONES *novas super imponi* (1).

304. Charte de l'empereur Henri IV, an 1102 : « Deo et » vobis, domini et principes proclamamus, quòd *advocatorum* et » *subadvocatorum*, maximè verò Bertholdi de Ham et filiorum » ejus, tanta super familiam et res ecclesiæ S. Salvatoris *excrevit* » *insolentia*, ut ipsè Bertholdus publicè exactores suos super » loca et villas nostras ponat, et servitium suum per totum an- » num ubiquè, neque censum neque ullam omninò, exceptâ ad- » vocatiâ, proprietatem habet vel habent, prout sibi videtur, » constituat et quasi debitum exigat, undè cuncti exactores sui » loca nostra *prædonum vice* circumeuntes, placitis justis et » injustis, petitionibus, minis, postremò invasionibus, ad *ulti-* » *mam homines* nostros *pauperiem redegerunt* et *exire de* » *patriâ hæreditate suâ* mendicandi causâ coegerunt (2). »

Henri III, roi de France, tenait le même langage que Louis-le-Gros; mais les iniquités qu'il proclame, sur les plaintes et re-

---

» espérance de pouvoir rétablir leur couvent; mais nous avons aboli toutes ces » mauvaises coutumes et la viguerie elle-même, et, nous retenant seulement le » droit de brennage, nous ordonnons qu'à l'avenir ni lesdites coutumes ni la » viguerie ne soient exercées. »

(1) Brussel, p. 392.

(2) Brussel, p. 801. Trad. : « Nous proclamons devant Dieu et devant » vous, princes et seigneurs, que l'audace des avoués et des sous-avoués, et » surtout de Berthold de Ham et de ses fils, s'est étendue sur les biens de » l'église de Saint-Sauveur, à tel point que ledit Berthold envoie ses officiers » publiquement sur nos terres et nos villages; qu'il y exige, à son loisir et » comme chose due, des services pendant toute l'année, là où il ne possède » aucune propriété, ni aucun cens, ni aucun droit autre que l'avouerie; en » sorte que tous ses subalternes, se répandant sur nos possessions comme une » bande de voleurs, en réduisent les habitants à la misère, en les écrasant de » plaids réguliers ou irréguliers, de demandes, de menaces et de spoliations » violentes, *et les forcent d'abandonner leurs demeures et leurs propriétés* » *pour aller mendier sur une terre étrangère.* »

montrances des états, sont générales; dans l'ordonnance de 1579, les abus qui, sous les règnes précédents, dépeuplèrent la Normandie d'hommes libres et remplirent de serfs la Franche-Comté, sont signalés comme étendant par tout le royaume leur funeste exercice. Art. 283 : « Et pour les continuelles plaintes » que nous avons de plusieurs seigneurs, gentilshommes et autres » de notre royaume, qui ont travaillé et travaillent leurs sujets et » habitants du plat pays où ils font résidence, par contributions » de deniers ou grains, corvées ou autres semblables exactions » indues; même sous la crainte des logements des gens de guerre » et mauvais traitements qu'ils leur font et font faire par leurs » gens et serviteurs, enjoignons à nos baillifs et sénéchaux tenir » la main à ce qu'aucun de nosdits subjects soient travaillés ou » opprimés par la puissance et violence des seigneurs, gentils-» hommes et autres, auxquels défendons menacer ou excéder » par eux ni aultres, ni retirer ou favoriser ceux qui les auraient » excédés. »

Henri III répète les paroles de Justinien, de Charlemagne et de Louis-le-Gros, et tout aussi vainement; le mal est dans l'institution qui subsiste; le remède en sera dans d'autres évènements qui détruiront et la cause et ses inévitables effets.

305. C'en est assez assurément de ces témoignages pour prouver que les exactions seigneuriales ne pouvaient paraître légitimes aux yeux de ceux qui les exerçaient; s'il était besoin de preuve plus manifeste encore de ce fait que les seigneurs connaissaient l'illégalité de leurs perceptions, on la trouverait amplement dans les actes mêmes qu'ils souscrivaient; en effet, les archives des familles justicières contenaient le dépôt le plus riche de leurs titres à la haine des populations; l'histoire peut puiser dans les recueils de ce qui en reste une justification suffisante du caractère odieux qui n'a jamais cessé d'être celui du régime seigneurial (n° 48).

C'est là qu'on rencontre la juste et irrécusable qualification des exactions justicières; ce sont les seigneurs eux-mêmes qui les désignent sous le nom de MALÆ CONSUETUDINES, INJUSTÆ EXACTIONES, PRAVÆ EXTORSIONES. On a vu le baron de Sassenage renoncer, au profit d'un de ses sujets, *omnibus totis tal-*

» *liis, collectis... et aliis quibuscumque indebitis aut injustis* » *exactionibus, extorsionibus...* (nº 137). C'est une chose bien étrange assurément que cette renonciation expresse envers un homme libre d'exiger de lui des exactions illégitimes et des obligations indues ; abandon qui constitue un bienfait et lui impose, à lui et à sa race, le lien de la reconnaissance!

Et cependant du treizième au seizième siècle les actes sont remplis de renonciations de cette espèce, où les seigneurs donnent ou vendent la promesse de n'exiger à l'avenir qu'une portion déterminée des perceptions injustes qu'ils ont pratiquées jusque-là par violence : *Nec aliquid* AMPLIUS *ab eis* PER VIM *extorquebo*, promet la comtesse de Champagne dans une convention de l'an 1200 (1).

Les actes les plus caractéristiques de l'opinion que les justiciers eux-mêmes avaient de leurs iniquités sont peut-être les testaments dans lesquels ces dominateurs dictaient à leurs successeurs des volontés que ceux-ci n'exécutaient jamais. A l'aspect d'une mort prochaine, le souvenir de leur odieuse tyrannie se présente à leur esprit, terrible et menaçant. C'est *pour le salut de leurs âmes* qu'ils ordonnent la restitution des droits qu'ils ont exercés, et qu'ils déclarent y renoncer dans un avenir qui ne leur appartient plus : on peut croire que cette considération n'était pas prêtée par le notaire, au mourant, ou suppléée dans son protocole, mais un cri de la conscience, véritablement dicté, lorsqu'on voit l'énumération des iniquités que le testateur énonce et se reproche (2).

306. Je prie le lecteur de méditer sur le testament du dauphin

(1) Brussel, p. 571.

(2) Les affranchissements d'esclaves exprimaient aussi qu'ils avaient lieu *pro remedio animæ;* mais ici le maître ne croyait pas réparer les torts d'une domination coupable; il faisait une action agréable à Dieu et l'offrait en expiation de ses péchés : *Qui debitum sibi nexum relaxat servitium, mercedem in futurum apud dominum sibi retribuere confidat*, Marculf., lib. 2, form. 32.

Humbert, dont j'ai déjà parlé et que Salvaing rapporte textuellement en ces termes :

« In nomine Domini nostri Jesu Christi... Dominus Delphinus » considerans et attendens prædecessores suos in suis ultimis » voluntatibus ordinasse ut *malè ablata et acquisita* per eos » quocumque titulo et colore restituerentur et emendarentur » perfectè, volens igitur eorum pias dispositiones totis viribus » adimplere et malè gesta et acquisita tàm per ipsos prædeces- » sores suos, quàm per ipsum, ut sibi possibile est et fuerit » emendare quoad eum, querelæ quàm plurimæ suorum fidelium » subditorum, et ad ejus pervenerunt auditum quòd ipsi in pluri- » bus per ipsos prædecessores suos et ipsum exstiterunt gravati, » videlicet in stabilitiis, focagiis, donis, adempris, collectis et » talliis extraordinariis et muneribus, liberavit et affranchiavit et » immunes esse voluit atque francos perpetuò, nunc et semper, » ut Dominus noster Jesus Christus... sibi quietem præbeat et » salutem, ac sibi suisque prædecessoribus remissionem pecca- » torum suâ pietate concedat (1). »

Les testaments ne sont pas les seuls actes privés où les abus des justiciers et les misères de leurs sujets soient signalés et reconnus; les recueils de jurisprudence et les écrits des jurisconsultes sont remplis de titres où la dévastation et la fuite des habitants sont constatées. Ce signe terrible et constant de l'oppression justicière est écrit partout : dans un acte de 1140,

(1) Salvaing, t. 1, p. 253. Trad. : « Au nom de Notre-Seigneur Jésus- » Christ... le seigneur dauphin, considérant que ses prédécesseurs ont dans » leurs dernières volontés ordonné que toutes les choses qu'ils avaient sous- » traites et mal acquises, sous quelque prétexte que ce fût, fussent restituées » et réparées entièrement; voulant remplir de tout son pouvoir ces disposi- » tions pieuses, et réparer autant que possible tous les méfaits et les spoliations » imputables tant à ses prédécesseurs qu'à lui-même; se rappelant que les » plaintes répétées de ses fidèles sujets lui avaient fréquemment représenté » qu'ils étaient gravement opprimés dans beaucoup de choses, tant par lui que » par ses prédécesseurs; il les libère et affranchit pour toujours et à jamais » des droits de fouage, dons, ADEMPRE, colletage, tailles extraordinaires et pré- » sents, afin que Notre-Seigneur Jésus-Christ accorde à lui et à ses prédéces- » seurs repos et salut et la rémission de ses péchés. »

transcrit *suprà* n° 100, nous lisons : « *Qua de re terræ ipsius*
» *incolæ commoti, possessiones suas deserentes, fugam pa-*
» *rabant.* » Dans un autre également transcrit *suprà*, n° 305,
le même fait est signalé : *Exactores loca nostra prædonum vice circumeuntes ad ultimam homines pauperiem redegerunt et exire de patriâ hæreditate coegerunt.* Et cette cause fut un puissant mobile des conventions que les seigneurs passèrent avec leurs justiciables au quatorzième siècle, et dans lesquelles, comme dans les deux exemples précédents, ils substituèrent à leurs exactions sans cause et sans limite des redevances fixes et fondées sur une apparence de consentement de la part des opprimés. « J'écris dans un procès, dit Guyot, tom. I, p. 233,
» pour les habitants d'Aigremont, contre messire Charles-Fran-
» çois de Montmorency... J'y ai trouvé une charte de l'an 1354,
» donnée par Guillaume de Choiseul ; ce seigneur dit qu'il affran-
» chit ses habitants ; il y règle les corvées qu'il leur impose... (1) ;
» et voici le motif de l'affranchissement : *Nous voyons*, dit-il,
» *qu'à cause de l'ancienne servitude la plupart des maisons*
» *étaient tombées, plusieurs avaient abandonné leur domicile,*
» *se retirant dans les villes franches, dont notre court était*
» *moult désolée.* »

307. Je ne puis terminer ce chapitre des abus des seigneurs sans parler de leurs agents et officiers dont l'exercice était plus redoutable peut-être que celui du maître.

C'était encore un usage romain que l'entourage des comtes et autres justiciers considérables : sous la république, les riches patriciens ne sortaient jamais sans être accompagnés d'un nombreux cortége de parents, d'amis, de clients et d'esclaves ; c'était ce qu'on appelait leur compagnie, *comitatus.* Ce cortége entourait les patriciens dans leurs voyages et à plus forte raison lorsqu'ils allaient prendre possession du gouvernement d'une province. « Dans ce cas, dit M. de Petigny, ils emmenaient ordi-

(1) Les ordonnances ont signalé la plupart des actes de cette espèce comme imposant l'affranchissement à des hommes libres de tout lien servile, afin de les soumettre à des corvées qu'aucun titre ne supposait légitimes.

» nairement avec eux des jeunes gens de famille noble qui » commençaient ainsi leur carrière politique et se formaient à » la pratique des affaires.... Cet entourage des préteurs et des » proconsuls était un des fléaux des pauvres provinciaux. En » route, cette foule de protégés, d'affranchis et d'esclaves était » logée chez les habitants des villes et défrayée de tout à leurs » dépens. Dans la province c'étaient autant de sangsues dont il » fallait satisfaire l'avidité et qui exploitaient à l'envi le crédit » et la puissance de leurs patrons (1). »

Ce désastreux entourage se retrouve dans les mœurs de la domination barbare et souvent se confond avec l'association féodale qui sans doute avait avec lui une affinité fort grande.

Les compagnons du comte reçoivent, dans les capitulaires, le nom de *juniores;* ils participent à l'exercice de la puissance justicière et sont les officiers du comte qui leur délègue ses fonctions. Les *vicarii*, *centenarii*, *castaldii* sont des *juniores.*

Charte de Charlemagne; an 802 : *Quod aliqui duces eorumque juniores*, *castaldii*, *vicarii*, *centenarii*, *venatores...* (2).

Les *juniores* participaient à tous les abus des justiciers et en étaient les principaux instruments, représentant d'une manière très exacte le tableau que fait le passage ci-dessus de l'entourage des proconsuls.

Aussi toutes les interdictions, toutes les défenses qui s'adressent aux comtes, s'adressent également à eux : dans les chartes d'immunités transcrites dans cet ouvrage, on trouve la formule : *Neque vos (comites) neque juniores vestri*, NEC ULLA JUDICIARIA POTESTAS. On a vu plus haut le texte d'un capitulaire commençant ainsi : *Audivimus quòd juniores comitum, vel aliqui ministri reipublicæ, sive etiam nonnulli fortiores vassi comitum...*(3). En un mot, l'existence des *juniores* n'était évidemment que la continuation du *comitatus* romain avec les mêmes éléments et

(1) *Études sur l'histoire de l'époque mérovingienne*, tom. 1, p. 182.

(2) Ducange, v° *Junior.*

(3) On voit par cette citation que les *juniores* et les *vassi* n'étaient pas absolument la même chose, quoique leurs excès eussent une grande analogie et les mêmes résultats.

les mêmes résultats à l'égard des hommes soumis à la puissance justicière.

308. On les retrouve dans l'organisation féodale et leur nom exprime la même idée ; ce sont encore les subalternes des comtes et les officiers de leurs justices, désignés par la dénomination de *servientes*, dans la langue féodale, *sergents ;* parfois ils reçoivent le nom de *meignerii*, notamment dans le Dauphiné ; ce terme rappelle le lien qui les rattache au prince (1) ; leurs fonctions sont celles des *juniores* et leur titre équivalent.

Les *servientes* du moyen âge exercèrent sur les hommes de pooste les mêmes vexations que leurs prédécesseurs ; on vient de lire, dans un texte de 1119, que la terre avait été dévastée par l'oppression des *sergents: Malarum consuetudinum captione quæ à servientibus superpositæ erant, penè in solitudinem redacta* (n° 304).

Au quatorzième siècle l'entourage des grands continue d'exister et d'être une calamité pour les populations.

Le même Humbert dont j'ai transcrit le testament tout à l'heure se montre également préoccupé des injustices de son administration, dans les statuts qu'il donne au Dauphiné, en 1349. Près d'abandonner et de transmettre son gouvernement à de nouveaux maîtres, il cherche à garantir ses sujets contre les abus dont ils ont eu à souffrir jusqu'alors : *Maximè quæ in facto monetarum, exactionibus gabellarum et foggagiorum et in damnis datis terræ suæ, quandò ibant vel revertebantur cavalgatæ, seu in comestionibus factis per eum et prædecessores suos, aut* FAMILIARES. Parmi les libertés qu'il assure au Dauphiné, le prince s'engage, pour lui et ses successeurs, à restreindre le nombre des sergents : *Voluit, declaravit et ordinavit numerum maigneriorum seu serventium... moderari et moderatum teneri... ne propter multitudinem ipsorum maigneriorum graventur nimis subditi Delphinatûs* (2).

L'existence d'une maignerie, cour ou clientèle auprès des

(1) La suite d'un grand, dans les actes de la domination barbare, s'appelle *arimannia ;* les hommes qui la composent, *arimanni.* Au moyen âge, la même bande s'appelle *meignerie* ou *mesgnie.*

(2) Salvaing, t. 1, p. 17.

grands, a persisté jusqu'à une époque très avancée; cet entourage était encore au seizième siècle un fléau pour les hommes de basse condition, que les gens du seigneur écrasaient de leurs priviléges et de ceux de leurs maîtres. On peut voir dans les mémoires de l'époque (1) qu'une multitude de nobles, possesseurs de petits manoirs seigneuriaux, n'y trouvant pas de moyens suffisants d'existence, sortaient de leurs châteaux ruinés pour venir s'attacher à quelque prince et faire partie de sa domesticité. Ils trouvaient près du grand seigneur le couvert et la vie; sous prétexte de quelque fonction assez peu déterminée, ils grossissaient sa cour, le suivaient dans ses voyages, lui *appartenaient*, pillaient les sujets de ses justices, recevaient des gages et des livrées et formaient cette classe insolente de serviteurs protégés contre lesquels se sont accumulés tant de légitimes griefs, et que le peuple a confondus dans sa haine avec tout ce qui tenait au régime seigneurial.

Pour bien comprendre la société, ses conditions, les misères du roturier et ses raisons de haïr les institutions qui l'opprimaient, il faut pénétrer dans les mœur et dans les habitudes en présence desquelles il vivait; il faut voir les injures dont il était l'objet et qu'il devait endurer; les plus puissants auraient pu lutter devant la justice contre la plupart des gentilshommes de mince aloi, qui se faisaient un jeu de les insulter, mais non contre le prince ou le grand seigneur, dont ils recevaient les gages et la protection. Les mémoires privés sont remplis de récits dans lesquels les malheureux vilains sont battus, pillés ou pendus par le seigneur ou par ses valets (2) dont les crimes sont impunis, et qui ne paraissent au narrateur que plaisants ou grotesques.

309. C'est en présence de ce tableau des souffrances morales et physiques des populations que l'on concevra quel bienfait fut pour elles l'établissement de la royauté; pourquoi jusqu'aux

(1) Voy. notamment les curieuses historiettes de Tallemant des Réaux.

(2) Voy. *suprà*, n° 305, l'article transcrit de l'ordonnance de Blois.

derniers jours elles ont fait cause commune, et comment leurs rapports ont été toujours altérés par l'intervention nécessaire de ces mêmes hommes qui dans l'exercice de l'administration royale ont constamment apporté les mœurs, les habitudes, les abus et les préjugés seigneuriaux.

C'est donc vainement que, sur la foi de l'illustre auteur de l'Esprit des lois, on cherche dans l'histoire des seigneurs l'époque où « chacun s'attacha avec une attention singulière à faire » fleurir son petit pays. » Ce répit dans les misères du peuple ne se rencontre pas dans les annales de la puissance justicière; les droits de justice, dans leur principe et leur essence, étaient eux-mêmes des actes oppressifs découlant de défaites nationales et de la conquête. Leur exagération ne pouvait être que l'injure et l'extorsion poussées à l'excès.

Il est vrai que les droits dérivant du fief ne portaient pas le même caractère et que leur cause n'avait rien d'odieux en elle-même; au contraire, le contrat féodal supposait la volonté, le consentement libre, et devait engendrer de part et d'autre l'affection, la fidélité, la protection et une sorte d'égalité sans laquelle les sentiments réciproques d'attachement ne sauraient exister. Les lois barbares contemporaines et régulatrices du séniorat supposent la liberté des contractants, et même la faculté pour le vassal de quitter son seigneur en restituant la cause du lien qui l'attache à lui : *Si verò alium sibi patronum elegerit, habeat licentiam cui se voluerit commendare, quoniam ingenuo homini non potest prohiberi, quia in suâ potestate consistit : sed reddat omnia patrono quem deseruit* (1). La formule des recommandations contient la mention expresse de la liberté des recommandants : *Suâ spontaneâ voluntate nobis visus est condonasse.*

La loi du fief n'avait point changé sous ce rapport, même alors que l'institution déclinait : Beaumanoir, dans un passage déjà cité (nº 83), rapporte cette règle : « Aucuns *si cuident* que » je puisse lessier le fief que je tiens de mon seigneur, et le foi » et l'oumage tout à la fois qu'il me plaît. »

(1) L. Wisig., V, tit. 3.

Mais combien de fois la déclaration du protocole fut-elle mensongère, et la règle du jurisconsulte illusoire? La nécessité fut la cause de la recommandation et dut forcément retenir le vassal dans les liens du fief. Là, sa condition inférieure dut le soumettre à tous les abus de la supériorité; les écrits du temps de saint Louis présentent les défautes de droit, c'est-à-dire l'injustice du seigneur à l'égard de son vassal, comme un fait d'une grande fréquence et qui facilita singulièrement l'envahissement de la justice royale et l'anéantissement de la juridiction du fief. Si l'on remonte à l'origine même du séniorat, à sa source et à ses causes premières, on y retrouve l'abus de la force et toute la brutalité de l'époque. Il est à remarquer que les hommes qui réduisaient en servitude, au temps de Salvien, les malheureux fuyant l'oppression justicière, étaient des riches, des puissants et non d'autres justiciers : *Fugati ab exactoribus, fundos majorum expetunt et* COLONI DIVITUM FIUNT. Ainsi la fuite était l'ouvrage des agents du fisc, mais la servitude était celui des *potentes* qui plus tard sont devenus les seigneurs féodaux (n° 295).

Un diplôme du dixième siècle confirme cette observation : « In Woià habitavit quondàm secularis ac præpotens vir, nomine Guntramnus, habens multas possessiones et ibi et alibi, » vicinorumque suorum rebus inhians. Æstimantes autem quidam liberi homines qui in ipso vico benignum et clementem » illum fore, prædia sub censu legitimo illi contradiderunt, eâ » conditione ut sub mundiburdio illius semper tuti valerent esse. » Ille gavisus et suspiciens, statim ad oppressionem illorum incubuit, cœpitque eos primùm petitionibus aggredi, deindè liberâ utens potestate, penè quasi mansorii sui essent, jussit » sibi servire, scilicet in agriculturâ suâ et secando fenum, et metendo, et in omnibus rebus quibus voluit, oppressit eos (1). »

(1) Cité par M. Laboulaye, *De la propriété*, p. 289. Trad. : « Dans le »pays de Wole habitait un homme séculier et puissant, nommé Gontran, »ayant de nombreuses possessions là et ailleurs, et convoitant les biens de ses »voisins. Quelques hommes libres, demeurant dans le même canton, pensant »qu'il serait bon et doux à leur égard, lui livrèrent leur terres, sous un cens »légitime, à condition qu'ils les admettrait dans sa mainbournie, et qu'ils y

310. Ainsi, sous le rapport de la servitude personnelle, les abus féodaux furent les mêmes que les abus justiciers; l'asservissement appartint au fief comme à la justice, et c'est ce qui nous explique pourquoi les droits relatifs au servage, à la mainmorte et à l'aubenage, qui, de leur nature, n'appartiennent ni à l'un ni à l'autre, se rencontrent dans les deux, variés et disputés, comme tous les droits dont la cause n'est ni régulière ni légitime.

Il en fut de même de ces droits immoraux, absurdes, ridicules, qui disparurent sous l'autorité des parlements et le progrès de la civilisation. Ils étaient le fruit d'une domination sans contrôle, de mœurs corrompues et d'un pouvoir capricieux et sans limite; ils dérivaient du fait et non du droit; beaucoup durent naître à l'abri de la maxime : « Entre le seigneur et son vilain il » n'y a de juge fors Dieu. » Ceux-là appartinrent à la justice; mais un grand nombre aussi dut la naissance à la puissance du seigneur féodal sur ses vasseaux de vilenage.

Ceux-ci se trouvèrent rangés dans les droits de fief. Pour le misérable habitant du village il n'y avait guère de différence de l'un à l'autre; il ne connaissait de supérieur que le seigneur auquel il obéissait, dans le territoire duquel il était parqué, et qu'il qualifiait de *prince*, avec les vieilles chansons et les jurisconsultes : *Illic enim sibi reges esse videntur*, dit Poggius en son traité *de Nobilitate*, *dùm adorantur à suis villicis*, *et aliud id genus rusticis*, *quibus leges quas volunt*, *imponunt*, *præscribunt*, *jubent*, *vetant quod videbitur* (1).

L'abus est la condition de tout pouvoir humain : jamais, dans aucun temps, dans aucune constitution, une autorité quelconque ne put être confiée à un homme sans qu'il ait tenté de l'exagérer; la domination seigneuriale et le code qu'elle s'est créé doi-

---

» vivraient en toute sûreté. Celui-ci accepta joyeux, et commença prompte- » ment de les opprimer; exigeant d'abord des présents; puis ensuite, agissant » en maître, comme s'ils étaient ses esclaves, il leur enjoignit de le servir, de » cultiver ses champs, de couper ses foins, de faire ses moissons, et les oppri- » ma par toutes sortes d'exigences serviles. »

(1) Cité par Delaroque, *Traité de la noblesse*, p. 232. V. *suprà*, n° 232, l'art. 184 de la coutume de Bretagne.

vent faire juger des maux que la puissance et la force peuvent engendrer dans l'anarchie, et faire apprécier les bienfaits d'institutions fermes et régulières.

---

§ III.

DU DROIT DE POLICE ET DE COMMANDEMENT.

SOMMAIRE.

311. Du pouvoir aux mains des justiciers.
312. Origine du droit de commandement appartenant au seigneur justicier.
313. Rapprochement des diverses conditions de la justice et des éléments du pouvoir chez les Romains.
314. Patrimonialité de l'autorité justicière.
315. Du droit de police disputé aux seigneurs par les officiers royaux.
316. De la poursuite des malfaiteurs sous les deux premières races.
317. Du droit de justice à cet égard.
318. Des fourches patibulaires.
319. Incompétence des justices seigneuriales à l'égard des nobles.
320. Du droit de grâce.
321. Du droit de forteresse et de château.
322. Des guerres privées et du droit d'assurance.
323. De la police et de l'entretien des voies publiques.
324. De la voière.
325. Des péages et de leurs charges.
326. Abolition des péages seigneuriaux.
327. Abolition générale des droits de police.
328. Des enfants trouvés.
329. Des églises. — Des droits honorifiques et du patronage.
330. Suite. — De l'encens et de l'aspersion.
331. Des droits honorifiques autres que ceux de l'église.

311. Le seigneur féodal, en imposant à ses vassaux des obliga-

tions que ne comportait pas la convention bénéficiale, faisait abus de sa force et de sa prépondérance matérielle; le seigneur justicier, en exigeant des redevances ou des services exorbitants de la coutume légitime, abusait non-seulement, comme le féodal, de sa puissance de fait, mais encore d'une autorité que les lois et l'organisation politique de l'État avaient remise entre ses mains. Il serait fort difficile de déterminer exactement aujourd'hui quelles étaient les conditions et les limites précises de la *potestas judiciaria*. L'administration du *judex* barbare, comme celle du *judex* romain, comprenait à la fois le service militaire, l'exercice de la justice, la perception de l'impôt et la surveillance de la police; c'était, comme on le voit, une domination générale, embrassant les obligations sociales sous tous leurs rapports, et par conséquent se prêtant à l'oppression dans tous les sens.

J'ai déjà parlé du service militaire, de la justice, et principalement de la perception de l'impôt; on a vu l'abus en quelque sorte essentiel à ces diverses branches de l'autorité justicière; il me reste à parler de la police, laquelle comportait à peu près tout ce qui concerne parmi nous le régime administratif.

312. Les éléments de l'autorité sont indiqués par Ulpien dans son traité *De officio quæstoris*, dont le passage suivant forme la loi 3 ff., *De jurisdictione : Imperium aut merum est aut mixtum est : merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in dandâ bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.*

Les gouverneurs de province possédaient pour la plupart le *merum imperium*. L'attribution de ce pouvoir aux *judices* est très clairement indiquée par plusieurs lois, et notamment par la loi 13 ff., *De jurisdictione*, portant : *Magistratus autem vel is qui in potestate aliquâ sit, ut puta proconsul, vel prætor, vel* ALII QUI PROVINCIAS REGUNT. Ces magistrats eux-mêmes étaient souvent, pour cette cause, appelés *potestates :* Suétone a dit de Claudius : *Jurisdictionem de fideicommissis ro-*

TESTATIBUS *delegavit*, *id est* RECTORIBUS PROVINCIARUM (1).

Le même pouvoir se retrouve très exactement aux mains des comtes et des justiciers des deux premières races.

J'ai suffisamment montré, dans les nombreux exemples qui précédent, la persistance du nom dérivant de l'autorité et significatif du pouvoir attribué au comte ou au *judex ;* le mot *potestas* désigne à la fois, dans les textes barbares, comme dans les textes romains, le pouvoir et l'homme qui en est revêtu.

L'autorité justicière est presque constamment qualifiée de *potestas;* à chaque page de ce livre on trouve ces expressions : *judiciaria potestas*, *principalis potestas.*

L'officier revêtu de cette autorité porte souvent le même nom; les textes transcrits jusqu'à présent le désignent ainsi fréquemment; les deux suivants sont remarquables : le premier reproduit une décision d'un concile d'Antioche : *Si quis Ecclesiam dei conturbare et sollicitare persistit*, *tanquam seditiosus* PER POTESTATES *exteras opprimatur* (2). Les termes *potestates exteras* désignent les comtes et les officiers étrangers aux pouvoirs ecclésiastiques, auxquels les capitulaires recommandent sans cesse de faire respecter les ordres des évêques et de maintenir la police dans les églises : *Si propriorum episcoporum jussionibus inobedientes exstiterint, tunc juxta canonicas sanctiones, per* POTESTATES EXTERAS *adducantur, id est,* PER JUDICES SECULARES (3).

Le second constate l'empiètement réciproque du pouvoir ecclésiastique et de l'autorité justicière dont j'ai plus haut retracé la lutte et les vicissitudes. *Unum obstaculum ex multo tempore jàm inolevisse cognovimus*, *id est quia et* PRINCIPALIS POTESTAS, *diversis occasionibus intervenientibus*, *secùs quàm auctoritas divina se habeat in causas ecclesiasticas prosilierit*, *et sacerdotes partim negligentiâ*, *partim ignorantiâ in cupidi-*

(1) Cité par Loyseau, *Des offices*, liv. 1, ch. 6, n° 16.

(2) Capit. lib. sept., 11. Baluze, 1, 1033.

(3) *Id.*, 422, Baluze, 1, 1115. Voy. aussi le c. 399 du même capitulaire,

tate, in secularibus negotiis et sollicitudinibus ultra quàm debuerant se occupaverint (1.)

Le nom de *potestas* est donné au territoire lui-même dans plusieurs textes, et notamment dans le capitulaire suivant de Charles-le-Chauve, an 870, c. 12 : *Minora placita comes, sive intra suam* POTESTATEM, *vel ubi impetrare potuerit, excepto in ecclesiâ et porticibus, atque atrio ecclesiæ et mansione presbyteri, habeat* (2).

Dans les institutions seigneuriales, le mot *potestas* persiste avec le même sens.

Les actes, les coutumes, les jurisconsultes désignent sous ce nom la même autorité que les écrits des temps précédents appellent *judiciaria potestas*, et cette puissance est la justice seigneuriale : « *Potestas major*, dit Ducange, *merum imperium*, haute » justice. »

Le seigneur lui-même est désigné par cette expression, comme dans les textes romains et dans les capitulaires : « *Potestas*, dit » encore Ducange, *dominus loci alicujus*, le seigneur du lieu, » *non occurrit semel.* »

On a vu le droit du justicier imprimer son nom aux hommes soumis à son exercice, et les sujets de son autorité appelés, dans le langage des coutumes, *homines de potestate*, ou hommes de pooste.

Ce n'est point « à quelques hasards » qu'il est permis d'attribuer la persistance de la qualification que reçoit, dans les diverses institutions qui se succèdent, le pouvoir justicier; cette qualification, caractéristique sous la domination romaine, l'était également et nécessairement sous le gouvernement des deux premières races et dans les institutions seigneuriales.

On est donc fondé à conclure de ce qui précède que le seigneur justicier avait hérité de la puissance du *judex* romain, comme il avait hérité de son nom, et qu'en conséquence la justice sei-

(1) *Capit. add.* Baluze, 1, 1152.

(2) Baluze, 2, 234.

gneurlale comprenait le droit de commandement que comporte cette dénomination.

313. Le rapport existant entre l'autorité du recteur de province et celle du haut justicier n'a point échappé à nos jurisconsultes : « Quoique plusieurs de nos modernes, dit Loyseau, » *Des seigneuries*, chap. 10, n° 3, se moquent de ceux qui com- » parent la haute, moyenne et basse justice au *merum impe-* » *rium*, *mixtum et jurisdictio* du droit romain, si faut-il con- » fesser qu'il n'y en a autre moule et patron que celui-là, bien » que très mal rapporté et imité parmi nous... Quoi qu'il en soit, » nos divers usages au fait de ces justices se rapportent tous aux » diverses opinions des interprètes du droit romain touchant le » *merum, mixtumque imperium* et la jurisdiction; et font tou- » jours quadrer et correspondre la haute justice au *merum im-* » *perium*, la moyenne au *mixtum*, et la basse à la simple juris- » diction. »

Néanmoins Loyseau fait de vains efforts pour justifier cette dernière assertion; la division indiquée par les jurisconsultes romains existait dans les conditions du pouvoir et non dans la hiérarchie des magistrats; Loyseau, au contraire, prétend y retrouver la classification des officiers seigneuriaux, et évidemment il ne la retrouve point.

D'ailleurs l'existence des moyennes justices est séparée par un intervalle trop grand des institutions romaines pour qu'il soit permis de croire que leurs conditions de pouvoir dérivaient directement de ces institutions. Les vicomtes, prévôts, baillis, châtelains et autres moyens justiciers sont de création moderne et appartiennent à la justice inféodée qui n'a pris naissance qu'au xe siècle (n° 95).

Aussi Loyseau, après avoir fait un récit conjectural des vicissitudes du *merum imperium*, dont il ignore évidemment l'essence et les conditions premières, finit par reconnaître qu'à l'époque où il écrivait, la division romaine ne pouvait exactement s'appliquer à la distinction des justices seigneuriales. « C'est pourquoi, dit-il, » n° 17, il ne faut pas proportionner ni égaler les hautes justices » d'à présent au *merum imperium*, ni les moyennes au *mixtum*,

» ni les basses à la simple jurisdiction; car, au lieu que le *me-*
» *rum imperium* contenait puissance de juger tous les crimes
» sans exception, mesme possible en souveraineté, et sans appel,
» comme j'ai dit au 1er livre des Offices, nos hautes justices n'ont
» pas connaissance des grands crimes, etc. »

314. Il serait de peu d'intérêt aujourd'hui de rechercher quelles étaient les classifications des justices seigneuriales, les plus conformes à leur nature réelle; il est évident que leur établissement et leurs subdivisions se refusaient à toute catégorie régulière. Il nous suffit de constater qu'elles contenaient un principe de pouvoir et d'autorité qui comprenait tous les éléments de la puissance du magistrat sous la domination romaine, et que le *merum imperium*, le *mixtum* et la *jurisdictio* se retrouvaient dans les diverses conditions de la justice seigneuriale, partagés sans ordre et sans règles communes, et tombés dans le domaine privé, de même que tous les autres éléments de l'administration du *judex*.

Les droits de police et le pouvoir règlementaire qui en dépend ne semblent pas de nature à subir les mêmes impressions que les profits réels et pécuniaires dérivant de l'impôt. On conçoit, en effet, comment des cens, des redevances, des péages, et même des devoirs de faits et d'actions, établis à titre d'impôt, ont pu tomber dans le domaine privé; on comprend aisément l'appropriation des amendes judiciaires, des confiscations et autres produits des condamnations prononcées dans un intérêt public; on a vu comment les obligations du service militaire, le *cursus publicus*, les corvées fiscales, ont été convertis par la patrimonialité en des profits d'une autre forme et propres à l'usage particulier de leurs délégataires (no 103); mais on se fait difficilement une idée de la propriété appliquée au droit de punir, à celui de règlementer, en un mot aux éléments de la police et à l'exercice d'une action qui semble essentiellement publique.

Cependant il n'est pas douteux que ces droits n'aient été considérés, dans le système seigneurial, comme faisant partie de la propriété privée. Les possesseurs des prérogatives de cette nature ne croyaient pas exercer une portion de l'autorité publique; c'é-

tait à leurs yeux un droit particulier, comme celui de percevoir les cens, les péages et toutes autres redevances justicières. On peut voir dans le registre des *Olim* les nombreux procès qui ont pour objet l'établissement des droits de marché, de hallage, la nomination des gardes champêtres ou forestiers, la poursuite des malfaiteurs et leur condamnation ; il est évident que ces droits sont prétendus à titre privé, comme des propriétés, et sans aucune articulation d'autorité publique de la part de ceux qui les disputent. V. *infrà*, n° 333.

315. Aussi, lorsque les jurisconsultes de la royauté cherchèrent à expliquer ou plutôt à constituer les institutions et à en systématiser les conditions, l'existence des polices seigneuriales fut pour eux un grand embarras. Ce droit de commandement, évidemment étranger à l'action publique et dérivant d'une autre source que le pouvoir royal, leur parut et était en effet une anomalie dans l'organisation de la monarchie. Il fallut créer des hypothèses inexactes pour rattacher l'autorité seigneuriale à l'autorité du souverain.

Les agents du pouvoir royal contestèrent de bonne heure la patrimonialité du droit de police, pour en attribuer exclusivement l'exercice au roi, et par suite aux juges royaux ; ils fondaient leur prétention sur la loi 3 ff., *De officio præfecti vigil.*, portant : *Salutem reipublicæ tueri, nulli magis credidit convenire, nec alium sufficere rei, quàm Cæsarem.* Outre que cette loi ne pouvait déterminer les conditions du pouvoir royal en France, elle n'avait rien de concluant, ni de favorable à la prétention des juges royaux, puisqu'elle n'était pas un obstacle au droit d'*imperium* appartenant aux *judices* provinciaux. Aussi Loyseau rejette cette opinion : « Toutefois, dit-il, ch. 9, n° 11, je » ne vois point comment on pourrait soutenir que le droit de po» lice fût purement royal, c'est-à-dire inséparable de la personne » du souverain, ainsi que de faire des lois générales ; que s'il en » était ainsi, il ne serait non plus communicable aux juges royaux » des provinces qui n'ont pas l'exercice des droits purement » royaux ; que si, au contraire, il leur est communicable comme » notoirement ils en usent en leur justice, il est infaillible qu'il

» a aussi appartenu aux ducs et aux comtes, qui auparavant la
» réunion à la couronne étaient les premiers magistrats et offi-
» ciers des villes où il y a maintenant des juges royaux, et par-
» tant les ducs et comtes qui sont demeurés et ceux qui ont été
» érigés à leur modèle le doivent encore avoir. Je dis même
» qu'ils l'ont avec plus de droit que les juges royaux qui, ne
» l'ayant que par office, c'est-à-dire n'en ayant que l'exercice
» comme officiers, y peuvent être promus par le roi... Mais les
» barons de France ayant la police par droit de seigneurie propre
» et patrimoniale, le roi, dont on la relève en fief, ne peut par
» puissance réglée la diminuer par prévention, ni autrement, ni
» moins encore la leur ôter tout-à-fait. »

Néanmoins l'autorité royale devait l'emporter; le droit de commandement s'éteignit promptement aux mains des justiciers seigneuriaux. La police leur fut successivement retirée, comme le pouvoir judiciaire, par les mêmes causes et sous les mêmes prétextes. J'ai transcrit *suprà*, n° 261, un texte de la coutume de Boulonnais qui attribue exclusivement au juge royal tous les éléments de la police, « toutes matières de puits, rivières et au- » tres lieux dangereux, réfections de chemins, ponts et passage, » et toutes matières concernant... les gens misérables. » La justice justicière n'était donc plus qu'un vain mot et le souvenir d'un pouvoir éteint plus d'un siècle avant son abolition révolutionnaire.

Je parcourrai rapidement les divers éléments de la police seigneuriale, pour en faire connaître l'objet, l'origine, l'abus et l'anéantissement; c'est au droit de police ou de commandement que se rattache le droit des seigneurs aux rivières dont on vient de voir la surveillance même attribuée, à leur exclusion, aux juges royaux, par la coutume de Boulonnais.

316. Le châtiment des malfaiteurs était un objet principal dans les fonctions justicières; de même que le recteur de province recevait la puissance du glaive AD ANIMADVERTENDUM FACINOROSOS HOMINES, le diplôme du comte attribuait à celui-ci la poursuite de ces hommes qui dans tous les temps se mettent

en hostilité avec la société: *Latronum et malefactorum scelera à te severissimè reprimantur* (n° 68).

Un grand nombre de textes des capitulaires recommandent de saisir les voleurs et de les remettre aux mains du comte qui doit les faire punir.

Hoc volumus ut comites de latronibus plenam justitiam faciant per eorum ministeria, et fures et malefactores non patiantur quietè residere, sed semper eos in quantum valent infestent (1).

La peine de mort pouvait être prononcée par le comte : *Si quis latro de uno furto probatus fuerit, perdat oculum; et si de duobus furtis probatus fuerit, nasus ei scapelletur; et si de tribus furtis probatus fuerit, moriatur* (2).

La poursuite de tous les genres de méfaits appartenait au pouvoir justicier ; ainsi l'on a vu, dans le précepte des Espagnols, Louis-le-Débonnaire réserver au comte la connaissance de tous les crimes graves, *sicut sunt homicidia*, *raptus*, *incendia*, *deprædationes*, *membrorum amputationes*, *furta*, *latrocinia* (n° 241). Les sorciers et les maléfices étaient également de la compétence du comte : *Audivimus quòd malefici homines et sortiariæ per plura loca in nostro regno insurgunt*, *quorum maleficiis jàm multi homines infirmati et plures mortui sunt; quoniam expressè præcipimus ut unusquisque comes in suo comitatu magnum studium adhibeat ut tales perquirantur et comprehendantur* (3).

La qualité du voleur pouvait le soustraire à la compétence du comte : *Ita bannivimus*, porte un capitulaire de 595, *ut unusquisque judex criminosum latronem ut audierit, ad casam suam ambulet, et ipsum ligare faciat; ita ut si Francus fuerit ad nostram præsentiam dirigatur, et si debilior persona fuerit, in loco pendatur* (4).

Le comte devait avoir une prison, et les vicaires et justiciers

(1) *Excerpta ex lege* Long. 6. Baluze, 1, 350.

(2) *Ibid.*, 8.

(3) An 870. Baluze, 2, 230, 7.

(4) Baluze, 1, 19, 8.

inférieurs, des potences : *Ut comes unusquisque in suo comitatu carcerem habeat. Et judices atque vicarii patibulos habeant* (1).

317. Les fonctions justicières des comtes et de leurs subalternes se sont continuées dans la justice seigneuriale. Le jugement *du sang et du larron* appartenait essentiellement à sa compétence et ne lui a été enlevé que fort tard; cette attribution fut diversement partagée par les coutumes entre les hautes, moyennes et basses justices (2); la variété de leurs dispositions avait pour cause la diversité des inféodations, et à cet égard il ne pouvait exister de règle générale. C'est par cette raison que la moyenne justice, essentiellement féodale, fut la plus variée de toutes : « Le seigneur moyen justicier, dit Jacquet (3), peut, » dans quelques coutumes, avoir des fourches patibulaires à » deux piliers; et son juge connaît du simple homicide sans » guet-apens et des cas qui en dépendent; dans d'autres il connaît » du crime de larcin jusqu'à la mort inclusivement; dans d'autres » il a la punition du sang jusqu'à 75 sols d'amende envers la justice, » et du larron jusqu'à la mort; dans d'autres il connaît, en ses assises qu'il peut tenir quatre fois l'an, du simple furt; peut » avoir ceps, fers et anneaux de fer et une prison pour garder les » malfaiteurs et les punir jusqu'au supplice de la mort exclusivement; mais, dans d'autres, il ne peut user de fers, ceps, grillons, grues et autres instrumens; et dans d'autres, au contraire, il peut avoir prison fermée, ceps et anneaux, et détenir » les délinquans pendant vingt-quatre heures, ou les punir s'il y » a lieu. »

La plupart des coutumes contenaient une particularité remarquable; généralement la haute justice seule connaissait des cas emportant peine de mort; cependant, par exception, le bas justicier faisait pendre les voleurs. Beaumanoir constate cette règle pour le Beauvoisis : « On doit savoir que tèz cas de crieme, quel

(1) Cap. 815. Baluze, 1, 509, 11.

(2) Voy. le *Traité d'instruction criminelle* de M. Hélie, tom. 1, pag. 312 et suivantes.

(3) *Des justices des seigneurs*, liv. 2, ch. 3, n° 21.

» il soient dont on pot et doit perdre vie, qui en est tains et » coudamné, apartient à haute justice, excepté le laron ; car » tout soit ce que lerres pour lor larrecin perdent la vie.ne pour » quant larrecin n'est pas cas de haute justice (1). » Cete exception se retrouve assez clairement indiquée dans la législation des capitulaires, où le soin de faire pendre est laissé aux vicaires qui, à cet effet, ainsi qu'on l'a vu tout-à-l'heure, doivent avoir des potences. Cette fonction concerne particulièrement les larrons, ainsi que l'explique l'article suivant du même capitulaire : *Ut vicarii munera ne accipiant pro illis latronibus qui ante comitem judicati fuerint ad mortem* (2). Ainsi les voleurs étaient jugés au tribunal du comte, mais ils étaient exécutés par le vicaire. Dans la hiérarchie des justices inféodées, l'exécution des coupables fut généralement comprise dans les attributions du justicier inférieur ; c'est ainsi qu'on a vu plus haut des vicomtes chargés de fournir le bourreau (n° 126). Dans le désordre des temps seigneuriaux, le droit d'exécuter et celui de juger se confondirent aisément : le vicaire ou bas justicier jugea le larron qu'il devait faire pendre, de même que les vicomtes ou moyens justiciers, dont les fonctions n'avaient pour objet que l'exécution, usurpèrent dans presque toutes les coutumes le droit de condamner.

318. Les fourches patibulaires devinrent une marque de justice seigneuriale lorsque la possession fut le seul titre du justicier; à ce moyen, bon nombre de bas justiciers durent usurper la haute justice. Pour distinguer les droits hiérarchiques, chaque degré fut marqué par un nombre déterminé de piliers : le bas justicier n'en eut qu'un ; le haut justicier simple en eut deux ; le châtelain en eut trois ; les barons, comtes ou vicomtes en eurent quatre ; le signe distinctif de la dignité alla jusqu'à six, nombre déterminé par la coutume de Tours pour la qualité de comte ; chaque coutume eut sur cette matière des règles diverses. Le mode, la forme des potences firent aussi partie des preuves

(1) Cap. 58, n. 2.

(2) Baluze, 1, 509, 18.

démontratives du pouvoir justicier ; suivant la coutume de Lodunois, les piliers de la haute justice avaient des liens « par de» dans et par dehors ; » la coutume de Tours accordait au baron » les liens par dedans et par dehors, sans fest par dessus. »

L'importance de ce signe comme marque de l'autorité justicière se manifeste dans les fastes seigneuriaux par des querelles nonbreuses, judiciaires ou à main armée, dont l'objet est un pendu Le registre des *Olim* fait foi de procès dans lesquels le parlement a ordonne la restitution définitive de cadavres successivement arrachés de gibet en gibet, et dont les derniers débris formaient le titre d'une précieuse possession. Les baillis royaux sirtout ont été grands disputeurs de pendus; ils enlevaient ceux des seigneurs, leurs voisins, ou faisaient placer les leurs dans l'enclave de ceux-ci. Un fait semblable était un titre pour l'avenir et un moyen de supprimer la justice seigneuriale.

La nature, essentiellement soumise à l'action du temps, de ce genre de preuve, a contribué très efficacement à la destruction des justices patrimoniales; des ordonnances, sous prétexte de mettre opposition à l'usurpation de justices nouvelles, interdirent aux justiciers de faire relever, redresser et réédifier les fourches patibulaires anciennement bâties par eux ou leurs prédécesseurs, sinon dedans l'an et jour qu'elles soient tombées , sans congé du roi, entériné par le juge royal. Cette disposition mettait le seigneur dans la nécessité de justifier devant son adversaire naturel, bailli, sénéchal ou prévôt, de l'existence de son droit de justice; ainsi un grand nombre de justices eurent le sort de leurs gibets et comme eux tombèrent de vétusté pour ne plus se relever.

319. On a pu remarquer, dans un texte précédemment transcrit, l'incompétence du comte pour punir le voleur de distinction : *Si Francus fuerit.* L'exemption de la puissance justicière, déjà signalée fréquemment comme privilége essentiel de la noblesse, se manifestait dans cette circonstance que reproduit un capitulaire de 815 : *Ut homines* BONI GENERIS *qui infra comitatum iniquè vel injustè agunt in præsentiam regis*

ducantur ; et rex super eos districtionem faciat (1).

C'est pourquoi, comme je l'ai déjà fait remarquer (n° 252), lorsque la royauté eut cessé d'exister, le noble malfaiteur ou voleur ne put être régulièrement puni par aucune autorité. Sous la monarchie de la troisième race, la noblesse continua de contester la compétence de la police justicière; sa prétention fut accueillie par plusieurs coutumes qui ne reconnurent à son égard que la compétence des cours féodales et des officiers de cette juridiction (2). Un Arrêt de 1563 statua dans le même sens en déclarant les gentilshommes, *homines boni generis*, exempts de la juridiction seigneuriale; mais cette jurisprudence changea au dix-huitième siècle, par un arrêt de 1713, qui rejeta toute distinction.

320. On peut aisément imaginer de quels effroyables abus fut cause le droit de vie et de mort aux mains des seigneurs, sans contrôle et sans frein, pendant l'anarchie qui sépare le règne de Charlemagne de celui de Louis XI. Déjà sous le premier de ces princes nous voyons les vicaires recevoir des dons des voleurs condamnés pour les soustraire à la mort, malgré le jugement souverain des scabins : *Quià postquàm scabini eum dijudicaverint, non est licentia comitis vel vicarii ei vitam concedere* (3).

Au douzième siècle le droit de grâce se trouve aux mains des seigneurs; les registres des grands jours de Champagne le montrent aux mains des comtes de cette province. Ce fut la conséquence de l'indépendance absolue des justiciers qui condamnaient sans appel et sans recours; le droit de rémission ne pouvait convenir qu'à celui dont le pouvoir était souverain.

J'ai montré, dans le précédent paragraphe, les comtes prenant part au pillage des voleurs qu'ils étaient chargés de poursuivre; d'autres dispositions non moins fréquentes attestent qu'ils se

---

(1) Baluze, 1, 509, 12.
(2) Voy. Loyseau, *Des seigneuries*, ch. 8, n° 56.
(3) Baluze, 1, 509, 13.

faisaient fréquemment de ces mêmes fonctions un moyen de vengeance ou d'oppression : *Ille verò qui per odium vel malum ingenium et nisi propter justitiam faciendam hominem punierit, honorem suum perdat* (1).

Cap. 808 : *De latronibus, ut meliùs distringantur et ut nullus hominem pendere præsumat nisi per judicium* (2).

321. Le commandement et l'autorité du haut justicier n'eurent point de signe plus expressif et en même temps plus efficace que le droit d'avoir château et d'empêcher tout autre d'en posséder dans l'enclave de leurs justices. Ce droit n'est point mentionné dans les capitulaires, mais il existe dès le onzième siècle, ou du moins les justiciers le réclament et le défendent contre la puissance royale. C'est à son exercice que se rattache l'existence de cette multitude de forteresses privées qui couvrent encore le sol de la France de leurs vestiges (n° 160). Il s'établit dans la loi coutumière et a toujours fait partie des éléments de la haute justice. L'autorité royale avait depuis longtemps démoli les châteaux des seigneurs et rasé les fortifications de leurs terribles demeures, que le droit de les construire et de les relever faisait encore, en principe, partie de leurs prérogatives justicières. Loyseau constate l'existence de ce droit :

« La huitième prérogative des châtelains, dit-il, et autres seigneurs des médiocres seigneuries, est que, comme leur nom le porte, ils ont droit d'avoir château ou maison forte, c'est-à-dire munie de fossés, pont-levis, tours et autres semblables fortifications ; pour raison de quoi ils n'ont besoin de lettres du roi... A plus forte raison ils ont droit d'empêcher qu'aucun ne bâtisse maison forte en leur territoire, encore même qu'il en ait permission du roi (3). »

C'était assurément un droit fort inutile sous Louis XIV que le droit de bâtir maison forte; cependant sa reconnaissance est

(1) Cap. lib. 5, c. 197. Baluze, 1, 861.

(2) Baluze, 1, 463, 2.

(3) *Des seigneuries*, ch. 8, n° 98.

un fait étrange et qui manifeste aux mains de ses possesseurs l'existence d'un pouvoir élevé près du pouvoir royal, distinct et indépendant de lui, et évidemment étranger aux institutions monarchiques qui formaient l'état politique du royaume. Le triomphe de l'autorité royale sur l'autorité seigneuriale fut le résultat de la guerre que le roi fit aux forteresses des justiciers. Depuis le roi Robert, l'histoire de France se compose de démolitions de châteaux, et la domination centrale ne fut complètement affermie que lorsque Richelieu les eut convertis en ruines et eut fait de leur destruction une mesure générale et rigoureusement exécutée (nº 160).

La construction des forteresses fut l'objet des stipulations féodales et se rattache aux inféodations justicières, puisque le droit de château était un droit de justice. Et, en effet, le château fut particulièrement la marque de la justice inféodée; le châtelain était essentiellement un justicier féodal. La concession du *castrum* fut en général considérée comme emportant celle de la justice (nº 160).

Les châteaux furent concédés ou permis sous diverses conditions; ces conditions peuvent servir à reconnaître les justices primitives des justices inféodées; ceux qui sont attachés aux dernières furent pour la plupart constitués rendables, c'est-à-dire que le vassal possesseur fut soumis à l'obligation de les rendre ou d'y recevoir dans certaines circonstances et pendant un certain temps le seigneur dominant. Les forteresses construites par les justiciers primitifs ne portent aucune condition d'assujétissement et de subordination; elles ne doivent l'existence qu'au pouvoir de celui qui les a construites et à son droit de commandement sur le territoire.

J'ai déjà signalé les châteaux comme un moyen puissant d'oppression à l'égard des populations (nº 160). Il est difficile de croire que tous ceux qui furent élevés au grand préjudice des habitants le furent en vertu d'un droit légitime appartenant à l'autorité justicière. L'histoire, au contraire, nous présente les hommes puissants construisant des forteresses qui leur servaient de retraite contre le pouvoir régulier, et de point de départ de leurs brigandages. « Chaque seigneur, dit Mézeral, bâtissait des

» châteaux et des forteresses sur ses terres, la plupart sur la » croupe des montagnes. Avec ces places, les injustes et les bri- » gands se saisissaient des passages des rivières, des bois et des » montagnes, gourmandaient les marchands, exigeaient de ru- » des tributs, et établissaient des coutumes, quelquefois extrava- » gantes, quelquefois brutales et vilaines (1). » La plupart de ces brigands se constituèrent plus tard seigneurs justiciers au moyen des coutumes dont ils avaient frappé le voisinage de leurs châteaux, coutumes qui ne différaient des droits de justice ordinaires et légitimes qu'en ce que leur perception n'avait pas été sanctionnée par une législation écrite ou une autorisation régulière. Une fois l'origine oubliée, l'exercice fut identique et supposa le droit.

Le plus souvent les châteaux étaient construits par les populations mêmes qu'ils devaient opprimer; les travaux de construction, d'entretien et de réparation des fortifications publiques étaient une obligation du contribuable romain, que les justiciers appliquèrent à leurs forteresses. *L'opus castelli* fut rangé parmi les corvées auxquelles furent assujétis les hommes de pooste, et classé parmi les coutumes injustes qui devinrent des droits légitimes. *Wirpivit*, porte une charte de 1094, *exactiones quas tallias vulgò vocant*, *quas in villâ S. Remigii exercebat*, *et omnia carropera*, *et* OPERA CASTELLORUM, *et omnes alias injustas consuetudines* (2). Sous la législation coutumière, les corvées relatives au château firent partie des droits de justice et survécurent à l'objet de leur destination, par leur conversion en diverses obligations féodales.

Les forteresses royales ne furent pas moins que les châteaux seigneuriaux une cause d'oppression pour les sujets; les gouverneurs de provinces contraignirent les habitants à faire par corvées des travaux que leurs fonctions mettaient à leur charge. Des ordonnances de 1508 et de 1629 constatent cet abus en cherchant à le réprimer; Louis XIII y tient absolument

(1) Cité par Brussel, p. 378.
(2) Ducange, v° *Castellum.*

le même langage que Justinien dans la loi 2 Cod., *Ne rusticani ad ullum obsequium devocentur;* et, ce qui est remarquable, il prononce la même peine, l'exil, contre les officiers qui contreviendront à ses défenses (nº 146).

322. Le droit de château fut un résultat du droit de guerre, lequel d'abord n'appartenait qu'aux justiciers et dans l'intérêt public, et plus tard fut une prérogative de la noblesse. Le droit de guerre, que j'ai signalé comme une nécessité de l'anarchie qui succéda à la chute de la justice commune (nº 130), n'a point été, comme plusieurs l'ont pensé, une condition générale des institutions germaines; du moins les capitulaires ne l'ont jamais reconnu comme un droit commun. Au contraire, des dispositions nombreuses interdisent les guerres privées comme un fait illicite. « Nescimus, dit un capitulaire de Charlemagne, quâ » pernoxiâ inventione à nonnullis usurpatum est ut hi qui nullo » ministerio publico fulciuntur, propter sua odia et diversissi- » mas voluntates pessimas indebitum sibi usurpent in vindican- » dis proximis et in interficiendis hominibus vindictæ ministe- » rium, et quod rex saltem in uno exercere debuerat propter » terrorem multorum, ipsi impudenter in multis perpetrare non » metuunt propter odium et putant sibi licere ob inimicitiarum » vindictas quod nolunt ut rex faciat propter Dei vindictam (1). »

Certes, s'il se fût agi d'un usage national, quelque mauvais qu'il fût, le législateur ne l'eût point désigné par ces expressions : NESCIMUS, PERNOXIA INVENTIO, USURPATUM EST. Les guerres privées, dont on voit ici la naissance et les premiers dé-

(1) Capit., lib. 5, nº 332. Trad. : « Nous ignorons par quelle invention » pernicieuse plusieurs se sont arrogé, sans aucune fonction publique, le droit » de venger, au gré de leurs haines ou de leurs coupables caprices, les inju- » res de leurs parents et de donner la mort à ceux qu'ils en accusent. Le droit » qu'il n'appartient qu'au roi d'exercer sur un seul, pour le salutaire effroi » de tous, ils se l'attribuent impudemment dans l'intérêt de leur animosité et » contre un grand nombre, et ils croient qu'il leur est permis d'exercer à cause » de leur inimitiés une vengeance qu'ils ne veulent pas laisser au roi, par » l'autorité de Dieu. »

sastres, ont existé à l'état de désordre longtemps avant d'avoir été légitimées. Il est évident que Charlemagne, dans le texte sus-transcrit, n'en reconnait pas le droit à tous les citoyens ; mais en même temps il le suppose à ceux qui exercent une fonction publique, *qui ministerio publico fulciuntur*. Et en effet d'autres textes le placent formellement aux mains des vassaux du roi : *Si quis fidelibus nostris contra adversarium suum pugnam aut aliquod certamen agere voluit et convocaverit ad se aliquem de comparis suis ut ei adjutorium præbuisset et ille noluit, ipsum beneficium quod habuit auferatur ab eo* (1).

Les fidèles du roi étaient comtes et par conséquent justiciers ; c'est pourquoi le droit de guerre privée, lors même qu'il devint une prérogative générale de la noblesse et un droit légitime de tous ceux qui n'avaient point de justice commune (n° 230), demeura l'apanage des hauts justiciers. Lorsque l'autorité royale eut éteint dans toutes mains un privilége si funeste à l'ordre public, les vestiges en restèrent dans le code des hautes justices, sous le titre de droit d'assurement. Un grand nombre de textes coutumiers font mention de ce droit que Jacquet indique comme encore en usage au dix-huitième siècle et qu'il définit ainsi : « Assurement est un mot dont plusieurs coutumes (2) se sont » servies pour signifier assurance, protection ou sauvegarde que » le juge ordinaire accorde à celui qui, ayant été menacé, craint » que l'auteur de ces menaces ne lui joue quelque mauvais » tour (3). »

Le droit d'assurement subit toutes les vicissitudes du droit de guerre privée. Attribué au haut justicier (4) par presque toutes

(1) Baluze, 1, 510, 20.

(2) Auxerre, art. 12 ; Sens, 9 ; Melun, 4 ; Perche, 9 ; Chaumont, 100 ; Touraine, 55 ; Bretagne, 669, etc.

(3) *Des justices des seigneurs*, chap. 22.

(4) Les règles de l'assurement sont, comme celles des châteaux, mélangéees de féodalité, parce que tout ce qui touche à la matière des luttes et des batailles ne pouvait être étranger à l'institution féodale dont la défense militaire était le principal objet. Ainsi l'on vient de voir Charlemagne reconnaître le droit de guerre privée à ses vassaux et faire des secours militaires

les coutumes, et notamment par la coutume de Normandie, sur tous les sujets du roi, domiciliés dans le ressort de la haute justice, quels que fussent leurs priviléges, il fut successivement envahi par les juges royaux. Vainement les ordonnances réprimèrent les usurpations de ces derniers; vainement le roi Louis X, pour satisfaire à des réclamations qu'il est obligé de reconnaître légitimes, interdit étroitement, *districtiùs inhibemus*, à ses officiers d'empiéter à cet égard sur les droits des justiciers seigneuriaux (1). Le principe du pouvoir royal posé dans les Établissements de saint Louis, liv. 7, ch. 28, fit de constants progrès. Bouteiller, liv. 1er, titre 34, p. 236, rapporte une délibération du grand conseil portant que la connaissance de l'infraction d'un assurement n'appartiendrait au seigneur haut justicier qu'autant que les officiers du roi n'en auraient pas été saisis par prévention.

Lorsque cette formalité ne fut plus qu'une simple procédure, rare et d'un faible produit, elle demeura moins disputée aux mains des justiciers qui n'eurent pas souvent l'occasion de l'exercer. Cependant un arrêt du parlement de Normandie, du 11 mars 1741, constate encore son exercice à cette époque, en réglant la compétence d'une infraction et l'attribuant au juge du délit.

323. La surveillance et l'administration des chemins, voies et places publiques, ponts, chaussées, faisaient partie des fonctions des *rectores provinciarum*. Elles se retrouvent naturellement dans les fonctions des comtes. J'ai transcrit plus haut, n° 73, l'extrait d'un historien de Charlemagne, qui constate les attributions justicières à cet égard : *Si pontis, vel navis, vel*

---

un devoir de vasselage; saint Louis fait également de la trève brisée un acte appartenant à la justice du baron, c'est-à-dire à la justice féodale (chap. 28). Les justiciers tenaient leur droit d'un autre titre, et leur pouvoir, survivant à celui qui dérivait du fief organisé militairement, finit par posséder seul tout ce qui tenait aux châteaux et à l'assurement, comme il possédait seul tout ce qui concernait l'exercice de l'autorité judiciaire et exécutive.

(1) Collect. du Louvre, t. 1, p. 558, ordon. du 17 mai 1315.

trajecti sive purgatio, seu stramentum, vel impletio cœnosorum itinerum, ea comites per vicarios et officiales suos exsequerentur.

Sous le gouvernement romain, l'obligation de contribuer aux constructions et réparations des voies publiques atteignait tous les citoyens : *Ad instructiones, reparationesque itinerum pontiumque nullum genus hominum, nulliusque dignitatis ac venerationis meritis cessare oportet.* L. 4 *Cod., De privileg. domûs Aug.* Cet édit de Théodose, renouvelé par Justinien, continuait d'être exécuté sous Charlemagne : *Nullus ducum, vel comitum, nullus episcoporum vel abbatum excusaretur aliquo modo* (n° 73), dit l'historien déjà cité.

Le même historien nous apprend comment les travaux se distribuaient : *Convenientibus autem undiquè populis per cognationes et familias diviserunt viam illam, quam ædificare debuerant in partes proprias, ut unaquaque cognatio et familia suam sibi creditam construxisset partem* (1). Les règles coutumières représentent la construction et la réparation des chemins soumises aux mêmes conditions ; généralement les parts se distribuaient par villages, et, dans chaque localité, les chemins ruraux étaient à la charge des riverains qui devaient souffrir le passage sur leur champ lorsque la voie publique était impraticable (2).

324. L'impôt perçu sur les routes et les passages, à titre de péage, tomba, comme tous les revenus fiscaux, dans l'appropriation privée des *honores ;* on en a vu dans ce qui précède de nombreux exemples. La généralité des péages d'une localité fut le plus souvent attribuée au vicaire chargé, comme on vient de le voir, de la surveillance des chemins : *per vicarios;* quelquefois aussi ce fut l'objet d'une attribution particulière comprenant tout

(1) Ducange, v° *Via.*

(2) Cette disposition semble s'être perpétuée depuis la loi des douze tables, ainsi rétablie par Godefroy : *Si via ab iis qui vicina prædia viæ possident, munita non sit, jumentum agere quo quis valet jus esto.*

ce qui était relatif aux voies publiques; dans ce dernier cas, l'officier ou l'honoré prenait le nom de *viarius*. La similitude des noms et des attributions du *viarius* et du *vicarius* les a fait souvent confondre; les textes et les auteurs coutumiers ont également pris l'un pour l'autre le viguier et le voyer. Cependant, si l'on examine avec soin les textes primitifs, on se convaincra qu'il existait une différence réelle entre ces conditions, et que la voière ou *viaria* n'était pas exactement la *viguerie* ou basse justice. Une charte royale de 1124 les distingue expressément : *Cum bosco et plano et molendino, et pratis, et* VIARIA *et* JUSTITIA (1).

La voière comprit généralement tout ce qui concernait la surveillance des lieux publics. Suivant la coutume d'Amiens, article 184, les hauts et moyens justiciers étaient « seigneurs voyers » ès frocs, flegards, chemins et voiries étant au devant de leurs » tenemens ou héritages, soit par eau ou par terre. »

Les droits de justice attachés aux chemins et à la police des lieux publics furent particulièrement inféodés lorsque les possessions de cette nature devinrent l'objet de concessions féodales. Il y eut même des voiries très importantes tenues en fief par des seigneurs puissants : telle fut, par exemple, la voirie de Chablies, possédée au treizième siècle par les seigneurs de Noyers. On peut voir dans Brussel, p. 731, une notice de 1229, dans laquelle sont expliqués tous les droits du voyer de Chablies; l'inféodation qu'il tenait des comtes de Champagne comprenait, entre autres prérogatives, le jugement des nobles, ce qui est une circonstance fort remarquable.

325. L'abus que les justiciers firent du droit de péage offrit au pouvoir royal un moyen facile de s'en emparer (2). Les domanistes déclarèrent le roi souverain voyer de son royaume, et à

(1) Ducange, v *Viaria.*

(2) « Les péagers, dit Loyseau, chap. 9, n° 98, qui sont volontiers quel- »ques soldats dévalisés, ou quelques praticiens affamés, ou autres mauvais »garnements, sont si malicieux qu'ils pendent leurs billettes et assignent le

l'aide de cette généralité ils s'emparèrent assez promptement de la police et par suite de la propriété de toutes les grandes routes et voies publiques. Au temps de Beaumanoir, les grands chemins appartenaient, tant pour la justice que pour la seigneurie, aux seigneurs et non au roi (n° 207) ; mais au temps de Loisel c'était une maxime consacrée par diverses coutumes que « les grands » chemins appartiennent au roi (1). » Les officiers domaniaux faisaient de cette règle coutumière un principe général et absolu que Loyseau conteste en disant : « Les chemins, pour être dits » royaux, ne sont pas plus au roi que les traverses ou autres » chemins publics, attendu qu'ils sont dits royaux comme les » plus grands et excellens (2). » Et en effet Beaumanoir appelle *quemins royal* ceux qui excèdent seize pieds de largeur, « lesquels, » ajoute-t-il, appartiennent en toute coze au seigneur de la terre » qui tient en baronnie. »

Ce fut donc par une sorte de jeu de mots que le fisc royal motiva la possession qu'il prit des grands chemins. Lapoix-Fréminville ne justifiait pas mieux la prétention du domaine que les droits de péage étaient royaux et non seigneuriaux : « Si vrai, » dit le commissaire fiscal, que ce droit ne s'exerce qu'au nom » du roi et que la *pancarte* qui en contient les droits doit être » (d'après l'ordonnance de 1663) timbrée du nom DE PAR LE ROI » et de ses armes (3). »

Les parlements aidaient puissamment le fisc à dépouiller les seigneurs des droits de péage et de police que comprenait origi-

---

» lieu du péage et acquit le plus loin qu'ils peuvent du grand chemin et ès » endroits les plus effondrés et de difficile accès, afin que les marchands, en- » nuyés de se détourner, se hasardent de passer sans payer, et que partant ils » aient ou leur marchandise ou une grosse amende. » Lapoix-Fréminville compte, sur le Rhône et dans un espace de 36 lieues, 30 péages, sur lesquels il n'en est que 7 qui se perçoivent dans le lieu de leur destination, et dont quelques bureaux sont éloignés de 2, 3, 5 et jusqu'à 9 lieues du passage (tom. 4, p. 124).

(1) Liv. 2, tit. 2, règl. 5.

(2) *Des seigneuries*, chap. 9, n° 74.

(3) Tom. 4, p. 18.

nairement la patrimonialité de leurs justices, en leur imposant l'obligation de réparer les voies par lesquelles leurs droits s'exerçaient et en les rendant responsables des délits qui s'y commettaient.

On a déjà vu (n° 71) que les possesseurs de péages à titre d'honneurs avaient pour charge d'entretenir les ponts sur lesquels les droits étaient perçus : *Reficiantur ab his qui honores illos tenent* (1). Les coutumes ne firent donc que constater une condition primitive des possessions justicières, lorsqu'elles imposèrent aux seigneurs l'entretien des chemins *péageaux* de leurs justices; celles de Poitou, art. 13, de Tours, art. 85, et de Lodunois, prononçaient même, en cas de négligence, des dommages-intérêts contre le justicier, au profit des passants. L'art. 107 de l'ordonnance d'Orléans fit de cette disposition coutumière une règle générale : « Peuvent les habitans voisins et passans contraindre le seigneur qui prend droit de péage à la réparation » des chemins, ponts, ports et passages. » La plainte était de la compétence des officiers de la *maîtrise* des eaux et forêts, sur la poursuite du procureur du roi qui saisissait les revenus du péage et faisait faire les réparations aux frais du seigneur (2).

Relativement à la responsabilité, Ragueau et Delaurière, au mot Péage, font connaître plusieurs arrêts du treizième siècle, qui avaient condamné des seigneurs hauts justiciers à rendre indemnes des marchands volés sur leur territoire. Mais le texte transcrit de l'arrêt de 1254, rendu contre le sieur de Crèvecœur, semble supposer qu'il avait été lui-même le voleur : *Condemnatus fuit dominus ad restituendum ipsis mercatoribus sibi ablata*. Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence ne fut pas de longue durée; Loyseau la regrette : « S'il plaisait au roi, dit-il, remettre » en usage cet ancien droit, les seigneurs de France ne seraient » pas si prompts à prendre des péages comme ils font aujourd'hui » partout (3). »

---

(1) Baluze, 2, 69, 4.
(2) Lapoix-Fréminville, t. 4, p. 85.
(3) Loyseau, ch. 9, n° 98.

326. Les péages passaient de jour en jour aux mains des agents royaux qui s'attribuaient de plus en plus la police des chemins; lorsque cette possession leur fut assurée dans un avenir prochain, ils se gardèrent d'y attacher une condition qui l'eût rendue singulièrement onéreuse.

Et, en effet, le droit illimité d'établir des péages, que nous avons vu souverainement exercé par les justiciers patrimoniaux, fut, dès le quatorzième siècle, complètement interdit et exclusivement réservé au roi. Quant à la possession de ceux qui existaient par coutume, elle subsista jusqu'au dix-septième siècle plus ou moins disputée; mais l'ordonnance de 1669 supprima tous les péages établis depuis cent ans, et ne conserva que ceux dont la possession antérieure et non interrompue serait justifiée par *titres légitimes*. Une ordonnance de 1724 établit un bureau pour l'examen de ces titres; il est évident qu'aucun péage seigneurial ne pouvait résister à cet examen; cependant diverses causes en conservèrent un certain nombre : plusieurs seigneurs en obtinrent le maintien en concédant au roi une partie des bénéfices; le domaine en possédait à titre de droits de justice, et pour lesquels la justification légale était impossible; les droits de péage étaient considérés comme immeubles, et leurs transmissions apportaient un profit à raison des droits de mutation; enfin, à diverses reprises, des ordonnances doublèrent les droits de passage seigneuriaux, appliquant au trésor public le bénéfice du doublement (1). Le trésor royal avait donc intérêt à la conservation de certains péages seigneuriaux qui, pour cette cause, furent maintenus; mais le droit de police dont ils découlaient cessa complètement d'être reconnu aux justiciers; leur jouissance ne fut plus considérée que comme une concession royale : « Les droits de péage, » dit le Dictionnaire des domaines, appartiennent au roi, et ne » peuvent être perçus qu'au profit de sa majesté, ou de ceux » auxquels ils ont été accordés à titre d'inféodation ou d'octroi. » Les seigneurs hauts justiciers ne les peuvent exiger sans con-

(1) Voy. la preuve de ces assertions au *Dictionnaire des domaines*, v° *Péage*.

» cession expresse, ou du moins s'ils n'ont en leur faveur une » possession immémoriale. »

327. Ainsi disparut des éléments de la haute justice la portion de pouvoir qui se rattachait à la surveillance des lieux publics; tous les principes d'autorité eurent successivement le même sort; la royauté retira de la patrimonialité tout ce qui participait naturellement de la puissance souveraine. Le droit de battre monnaie, celui d'établir des foires et des marchés, la plupart des droits de hallage, le droit de régler les poids et mesures, devinrent exclusivement royaux, et il ne fut laissé aux seigneurs que la jouissance, à titre de revenus, de quelques profits à percevoir sur ces contributions. En un mot, le dix-septième siècle ne laissa rien aux mains des seigneurs qui tînt au droit de juger, ni au droit de police, ni à aucune portion quelconque du droit de commandement; l'institution même des officiers judiciaires, des notaires, des employés de la police administrative (1), leur fut enlevée; les lois du royaume ne leur laissèrent que la faculté de les désigner; leur pouvoir émana du roi et du roi seul, non des seigneurs, « gens, dit Loyseau, qui, n'ayant l'exercice d'aucune » puissance publique, ne la peuvent par conséquent bailler ni » attribuer d'eux-mêmes à leurs officiers. » (V. *suprà*, n° 262.)

Ce serait donc mal comprendre l'institution des justices seigneuriales que de les supposer encore, à l'époque de leur abolition révolutionnaire, un démembrement du pouvoir public; ce pouvoir, après leur avoir appartenu, avait depuis plus d'un siècle cessé d'en faire partie d'une manière absolue. L'autorité royale

(1) Le droit de nommer des gardes champêtres était essentiel à la justice au treizième siècle : *Olim*, t. 1, p. 221, n° 5 : *Remaneat ipsa domina de Calvo Monte in saisinâ justitiæ... et in pertinentiis adjacentiis dictorum locorum, instituendi etiam et destituendi, pro voluntate suâ, in dictis locis, præpositos, citatores, messerios, vinearios, custodes pratorum, et alios servientes necessarios, in dictis locis, quantum ad ea quæ pertinent ad exercitium magnæ et parvæ justitiæ.* Ce droit ne paraît pas lui avoir jamais été disputé.

avait absorbé tout ce qui pouvait et devait lui appartenir; elle n'avait laissé dans le droit seigneurial que ce qui avait pu s'empreindre des caractères d'appropriation, les éléments de l'impôt convertis en propriété, et les fruits de l'abus que la coutume avait consacrés dans le domaine privé.

328. En même temps que les agents royaux s'efforçaient d'enlever aux seigneurs les droits et les profits de leurs justices, ils travaillaient à en augmenter les charges; c'était un moyen efficace d'arriver au même but. Ainsi l'on vient de voir les droits de péage engendrer pour les justiciers l'entretien des ponts et la responsabilité, comme conséquences déduites par la logique des officiers du fisc. Ce fut également par déduction, et sur la poursuite des procureurs du roi, que la jouissance des épaves produisit pour les seigneurs la charge des enfants trouvés.

Une constitution de Justinien avait expressément réglé cet objet de la charité publique, et des biens étaient particulièrement assignés à la nourriture et à l'entretien des enfants exposés. L'administration de ces biens, ainsi que celle des hôpitaux, appartenait au clergé des paroisses et circonscriptions ecclésiastiques.

La même règle se retrouve dans les actes de la première et de la deuxième race, où il est fait assez fréquemment mention des hôpitaux : un capitulaire de 801, art. 37, porte ce qui suit : *Ut episcopi, abbates per xenodochia vel monasteria eorum hospitalia ubi antiquitùs fuerunt faciant, et summoperè curent ut nullatenùs prætermittatur.* En conséquence, plusieurs conciles chargeaient les églises de l'entretien et de l'éducation des enfants trouvés.

Chopin, sur la coutume d'Anjou, liv. 1, art. 10, nous apprend en effet qu'au seizième siècle les chanoines de Paris se plaignaient d'être grandement chargés par la nourriture qu'ils étaient obligés de fournir aux enfants abandonnés; déjà le roi avait fait une fondation particulière à l'effet d'y contribuer pour une portion; les agents du domaine jugèrent convenable de faire supporter l'autre portion aux justiciers de la ville de Paris; ils obtinrent du parlement un arrêt de 1552 ayant le caractère de règlement de police, qui, en effet, mettait à la charge des sei-

gneurs de cette ville l'entretien des enfants trouvés. Divers édits de 1554 et 1556 confirmèrent cette disposition à laquelle les justiciers purent d'autant moins résister que leur qualité même, à chaque instant menacée et contestée, finit par être supprimée, abolie ou confisquée au profit du roi.

Quoi qu'il en soit, cette charge nouvelle, entièrement étrangère aux éléments naturels de l'autorité justicière, ne leur fut pas reconnue hors du territoire de Paris. Un arrêt du 15 septembre 1579, donné aux grands jours de Poitiers, « ordonna que tous » les monastères et chapitres ecclésiastiques d'Anjou seraient ap- » pelés en icelle pour arrêter de la contribution pour la nourri- » ture des enfants exposés (1). » Et ce règlement servit de droit commun jusqu'à ce qu'un autre arrêt de 1616 étendit la règle de Paris aux divers justiciers du royaume (2).

Il ne paraît pas que jamais cette dispos[illegible] on ait reçu son exécution; Basnage fait observer qu'on en use autrement en Normandie (tom. 1, p. 488), et que l'hôpital de Rouen a été condamné à se charger des enfants trouvés. L'établissement général des hôpitaux comprit l'entretien de ces enfants. Un édit du 10 janvier 1778 montre très évidemment qu'ils étai[illegible]t à la charge du public; il contient à leur égard des mesures de police qui ne font aucune mention de l'obligation des seigneurs justicier, et dès lors n'en supposent pas l'existence.

On est donc fondé à croire que l'entretien des enfants trouvés n'était pas une charge générale de la justice seigneuriale, et que c'est par erreur que quelques auteurs et même la loi du 13 avril 1791, art. 7, ont considéré cette charge comme étant pour les seigneurs la compensation légale et naturelle des droits de *deshérence*, *d'épaves et de vacants*. C'était tout au plus un règlement parlementaire, postérieur à l'établissement de ces droits, et qui de sa nature ne pouvait former un droit commun.

---

(1) Chopin, *ibid.*

(2) Voy. un autre arrêt du 1701, cité par Jacq[illegible]et, p. 179.

329. Je ne puis terminer l'examen des éléments du droit de commandement, inhérent aux justices seigneuriales, sans parler des droits honorifiques. La matière des préséances occupe une large place dans les annales de l'ancienne jurisprudence ; les recueils d'arrêts sont pleins de procès sur la prééminence des fonctions, des états, des métiers, des individus ; dans une société qui divise les citoyens en castes et admet des rangs divers et une hiérarchie nobiliaire, l'orgueil devient nécessairement un principe actif de luttes et de contestations ; les seigneurs féodaux et justiciers se sont disputé plus âprement les honneurs et les distinctions, dans leurs villages, que la possession du territoire de leurs seigneuries.

« On entend par droits honorifiques, dit Jacquet, liv. 1, ch. 23, » les honneurs des églises dont les seigneurs justiciers sont en » possession, suivant le droit commun, qui consistent dans la » préséance qu'ils ont à l'église, aux processions et aux assem- » blées concernant le bien de l'église ; à avoir les premiers l'as- » persion de l'eau bénite, le pain bénit, l'encens et le baisement » de la paix ; à aller les premiers à la procession et à l'offrande ; » à être recommandés aux prières nominales ; à avoir leurs bancs » et leurs sépultures au chœur, et à pouvoir mettre leurs *litres* » ou ceintures funèbres autour de l'église. »

L'origine de ces droits dans la justice seigneuriale remonte, comme celle des autres droits justiciers, aux prérogatives des recteurs de provinces qui recevaient des honneurs distinctifs dans les lieux de leur domination ; ces honneurs consistaient dans une réception solennelle, une place distinguée à l'église, l'encens, les prières et l'eau bénite, et formèrent les grands droits honorifiques du haut justicier : *Processionalis receptio, thus, preces et sedes in choro* (1).

Peu de coutumes mentionnaient les droits honorifiques qui cependant étaient reçus partout ; quelques-unes seulement en faisaient un droit de justice ; ce fut une simple règle de jurisprudence qui les attribua généralement au haut justicier ; de droit

(1) Voy. Hauteserre, *De ducibus*, cap. 17.

commun ce seigneur jouissait des honneurs de l'église, mais seulement à défaut de fondateur ou de patron.

La plupart des églises paroissiales devaient leur fondation à la générosité de quelque homme riche qui faisait don du sol et souvent aussi faisait construire l'édifice à ses frais. Ces concessions se faisaient le plus souvent à charge de prières, et le fondateur conservait d'ailleurs, par la réserve de divers honneurs, le titre de ses droits aux conditions stipulées. Le caractère de bénéfice fut généralement appliqué aux donations de ce genre, et le donateur demeura seigneur de l'église; les liens du séniorat s'établirent entre lui et le desservant; celui-ci dut, à raison de sa jouissance, les services naturels à la concession, et divers, suivant les biens qui s'y trouvaient compris. Ces obligations furent réglées par plusieurs capitulaires, et les droits des patrons déterminés; il fut ordonné que toute fondation d'une église attribuerait au desservant un *manse* entier, libre de toute prestation; que le seigneur n'aurait à prétendre sur la maison, le jardin et les dépendances attachés à l'église, ni sur les dons ou les dîmes, rien autre chose que les devoirs ecclésiastiques; mais que sur les autres objets il pourrait exiger tous les services seigneuriaux.

Cap. 816. *Statutum est ut unicuique ecclesiæ unus mansus integer absque ullo servitio adtribuatur et presbyteri in eis constituti non de decimis, neque de oblationibus fidelium, non de domibus, neque de atriis vel hortis juxta ecclesiam positis, neque de præscripto manso aliquod servitium faciant præter ecclesiasticum. Et si aliquid amplius habuerint, inde senioribus suis debitum servitium impendent* (1).

Le *servitium ecclesiasticum*, dû à raison de l'église et du presbytère, consistait dans des honneurs et des prières, ce que fait connaître un capitulaire de 869: *Ut presbyteri parrochiani suis senioribus debitam reverentiam et competentem honorem atque obsequium secundum suum ministerium impendent..... Cum necessaria benignitatis concordia et illi pro senioribus*

(1) Baluze, 1, 739.

orare et seniores illorum sacra officia et divina mysteria puro corde per illos suscipere possint (1).

Lorsque la convention féodale remplaça les bénéfices dans les usages contractuels, les fondations se firent à titre de fief; le fondateur demeura seigneur direct, c'est-à-dire propriétaire de l'église, comme il l'était sous le régime du bénéfice. « Quand » l'église, dit Hévin (2), reçoit quelque fonds de la libéralité » du seigneur féodal, tel bienfait le rend naturellement patron, » comme quand il afféage à un séculier dont il devient aussi pa- » tron et seigneur, car les termes: *dominus*, *senior*, *patronus* » sont synonymes. *Patronus est qui auctor feudi est*, *qui modò* » *dominus*, *modò senior appellatur*, dit Hotoman. »

L'inféodation pour fondation d'une église ne différa du fief ordinaire que par la nature du service qui continua de consister dans les droits honorifiques qualifiés par les capitulaires de *servitium ecclesiasticum*.

Tous les fondateurs dont l'œuvre date de cette époque furent nécessairement seigneurs féodaux du lieu consacré; mais cette circonstance n'était pas exclusive des droits du seigneur justicier. Ce fut en effet une règle particulière aux inféodations ecclésiastiques que la réserve des droits de justice, ainsi que je l'ai déjà noté *suprà*, n° 100; en sorte que le fondateur, possesseur de la justice sur les lieux consacrés, ne cessa pas d'en être seigneur justicier: *Fundus per dedicationem non eximitur e jurisdictione territorii*, dit Dumoulin, *et nihilominùs remanet locus seu templum ibi constructum et consecratum*, *de jurisdictione domini* (3).

Enfin, lorsque l'usage des concessions féodales fut passé, les fondations eurent lieu à titre de donation pure et simple; le fondateur se dessaisit de tout droit à l'église et à tous autres objets de sa libéralité; les droits honorifiques qu'il stipula n'eurent plus

(1) Baluze, 2, 211, 8.
(2) *Questions féodales*, p. 174.
(3) *Des fiefs*, § 41, n° 65.

pour lui que le cararctère des conditions ou charges de toute autre donation, sans prééminence d'aucune sorte.

330. Ainsi le droit aux honneurs des églises eut des sources diverses (1) et appartint à ses possesseurs à différents titres : le haut justicier le possédait comme élément de son autorité ou comme fondateur présumé ; les autres comme fondateurs, et, parmi ces derniers, les uns étaient seigneurs féodaux, les autres simples donateurs. Il était donc impossible que des règles communes sortissent de cet état de choses et pussent s'appliquer indistinctement à tous les droits honorifiques. Lorsque l'origine du droit ou de la possession fut oubliée, il devint à peu près impossible d'en justifier ou d'en déterminer le caractère : « C'est » pourquoi, dit Loyseau (2), ordinairement ès procès intentés » pour les honneurs de l'église, le demandeur perd sa cause, » parce que, ne pouvant fonder son droit, il faut que le défendeur » soit renvoyé absous ; et de là vient qu'on aime mieux se battre » que plaider sur ce sujet... ; et véritablement je crois qu'il y a » maintenant plus de deux mille querelles entre les gentilshom» mes de France pour les honneurs de l'Église, et il n'y a pos» sible année qu'il n'en soit tué plus de cent sur ce sujet..... A » quoi il me semble qu'il serait bien nécessaire de donner ordre » par une bonne ordonnance. »

Cette ordonnance réclamée par Loyseau existait pour la Bretagne, sous la date de 1529, et portait : « Nous, pour faire cesser » les contestations d'entre nos sujets, avons ordonné qu'aucun, » *de quelque qualité ou condition* qu'il soit, ne pourra préten» dre droit, possession, autorité, prérogative ou prééminence au » dedans des églises..., sinon qu'ils soient patrons ou fondateurs » d'icelles, et qu'ils en puissent promptement informer par let» tres et titres de fondations. »

On doit remarquer sur cette ordonnance que les droits hono-

---

(1) *Charitas quæ edificat et potestas publica quæ est deo ad tutelam bonorum*..... De Roye, dans son *Traité du droit honorifique*, liv, 2, chap. 1.

(2) Ch. 11, n° 42 et suiv.

rifiques sont refusés au justicier comme à tout autre, s'il n'est fondateur; ce fut également l'esprit de la jurisprudence nombreuse qui se forma vers la fin du dix-septième siècle et dans le cours du dix-huitième, et suppléa au défaut de règles législatives ou coutumières. C'était aussi celui des coutumes qui n'attribuaient les droits de cette espèce au justicier qu'à défaut d'autre fondateur et en le présumant tel. Quelques-unes en faisaient une prérogative essentielle à la justice, quoique presque partout le droit du justicier dût céder à celui du patron. La coutume de Normandie, qui renferme plusieurs articles (1) relatifs aux droits honorifiques, ne les attribue aux justiciers d'aucune espèce, ce qui a fait considérer ces droits comme étrangers à la justice dans cette province.

Les contestations ne s'élevèrent pas seulement entre les prétendants droit aux honneurs de l'église; elles eurent aussi fréquemment pour objet ces honneurs que les curés refusaient aux seigneurs ou patrons, ou le mode de leur exercice. Les capitulaires renouvellent souvent l'ordre de rendre les honneurs à qui de droit, et les canons des conciles imposent aux prêtres la même obligation, et *hoc sine ullo typho vel contentione, vel rebellione* (2). Les recueils d'arrêts fourmillent de procès de cette nature qui montrent les canons fort mal obéis. « L'encens, dit » Hervé, a occasionné des milliers de procès, parce que beau» coup de curés, regardant comme au-dessous d'eux d'encenser » un seigneur, ont autrefois imaginé toutes sortes de prétextes » pour éluder ce devoir. Un curé de Bourgogne fit plaider un sei» gneur pendant 26 ans entiers sur le droit d'encens, et il y eut » contre lui cinq arrêts rendus (3). »

Les tribunaux réglèrent le mode de l'encensement: le seigneur dut être encensé trois fois; sa femme trois fois, ses enfants chacun une fois. L'eau bénite se donnait par présentation ou par aspersion; les arrêts étaient forts divergents; le clergé prit une

(1) Art. 69, 70 et suiv.
(2) Hauteserre, *De ducibus*, ch. 17.
(3) *Matières féodales*, t. 4, p. 304.

délibération prescrivant l'usage général de l'aspersion ; les seigneurs préféraient la présentation comme plus distinctive. L'aspersion dut avoir lieu *modérément*, plusieurs curés condamnés à donner l'eau bénite en ayant inondé le seigneur ou la dame du lieu.

331. D'autres droits honorifiques étaient plus exclusivement liés au droit de police, et par conséquent appartenaient essentiellement au seigneur justicier. De ce nombre était le droit d'autoriser la *fête* du village, « d'y faire danser et *ménestrauder*, donner spinette, roze et joyaux (1), » et de relever les quilles. Débris misérables et vains du droit de commandement dont avait joui la justice seigneuriale aux jours de sa puissance, et qu'au temps de Loyseau « les gentilshommes se débattaient encore à » outrance. »

Un autre sujet de contestation plus sérieux consistait dans le droit de se qualifier seigneur du village ou de la paroisse. Ce droit fut généralement reconnu au justicier par préférence au féodal (2).

« Ce titre de seigneur, dit Loyseau dont l'opinion a été généralement suivie, appartient par droit aux justiciers, et aux seigneurs directs par bienséance seulement et à faute que les justiciers l'aient pris (3). » Le même auteur nous apprend que fréquemment les gentilshommes campagnards se qualifiaient seigneurs du village qu'ils habitaient, sans qu'ils eussent aucun droit de fief ou de justice, et que plus tard ils faisaient abus de ces titres usurpés dans leurs actes de familles, pour exiger des habitants des services féodaux et justiciers. Cette observation doit servir aujourd'hui dans l'examen des titres anciens et lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'un fief ou d'une justice seigneuriale ; la qualification de seigneur, donnée au propriétaire d'un domaine, ne suffit pas à cet effet.

---

(1) Coutumes de la Salle, art. 29, tit. 1.

(2) Plusieurs capitulaires désignent le justicier local sous le nom de *principalis potestas*. Voy. notamment Baluze, t. 1, col. 1152 et *suprà*, n° 312.

(3) *Des seigneuries*, ch. 11, n° 11.

§ IV.

DES BANALITÉS.

SOMMAIRE.

332. Les banalités furent peut-être l'abus le plus terrible et le plus général du droit de commandement que je viens de montrer aux mains des justiciers.

Ces actes odieux du pouvoir seigneurial consistaient essentiellement dans la violation du droit de propriété. Défense au possesseur de chasser sur ses terres, de pêcher dans ses eaux, de moudre à son moulin, de cuire à son four, de fouler ses draps à son usine, d'aiguiser ses outils à sa meule, de faire son vin, son huile, son cidre à son pressoir, de vendre ses denrées au marché public, d'avoir étalon pour ses troupeaux, pigeons dans sa fuie ou lapins dans son clapier; par suite, droit exclusif pour le seigneur à toutes ces jouissances, et nécessité pour l'homme coutumier d'en accroître les profits par son usage.

L'histoire des temps anciens et des plus exécrables tyrannies n'offre rien de semblable; cette catégorie d'oppressions ne peut évidemment s'appliquer qu'à l'homme libre, au possesseur, et en violation de ses droits; elle n'a manifestement pour cause que l'abus du pouvoir dans l'intérêt privé de celui qui le commet, sans titre, sans prétexte, sans apparence d'utilité publique ou de légitimité.

C'est à cette classe qu'appartient le droit de garenne ou la banalité des rivières dont nous recherchons la nature, et qu'il n'était pas possible d'apprécier sans avoir pris des institutions seigneuriales la connaissance qui nous est acquise.

Je n'entrerai pas dans l'examen de tous les droits qui ont porté le nom et le caractère de banalités; l'histoire et les vicissitudes de quelques-unes nous feront suffisamment connaître celles de toutes les autres.

333. Le droit de faire des règlements appartenait essentiellement aux gouverneurs de provinces sous la domination romaine; ces règlements devenaient exécutoires par proclamation, *edicebantur*.

Ce fut également par cette voie que les *judices* barbares promulgaient leurs édits; ce mode, comme le droit dont il manifestait l'exercice, prit entre leurs mains le nom de *bannus*. C'était à la fois le signe et l'action du pouvoir seigneurial, et déjà nous en avons examiné la nature et les effets sous plus d'un rapport.

Sous les deux premières races, chaque fonctionnaire public eut son ban distinct par son étendue, son objet, son autorité, et surtout par l'amende qui en réprimait les infractions. L'amende du ban royal était de 60 sols; celle des autres justiciers était diverse, ainsi que le porte un texte transcrit *suprà*, n° 120. Parfois le roi investissait les comtes de son ban particulier et du droit à l'amende qui lui était propre (1).

Les amendes coutumières n'ont pas d'autre source que les

(1) Capitul. 789, c. 31. Bal., 1, 255.

bans établis par les justiciers barbares pendant leur domination; il est facile d'en reconnaître l'origine au montant qui varie peu et rappelle fort exactement la hiérarchie justicière des deux premières races.

Le même mot désigne, sous la troisième, le même pouvoir, et fut le nom propre de la justice seigneuriale: *Bannum*, dit Ducange, *districtus*, *jurisdictio*, *justitia*. Ce nom fut appliqué à l'autorité, au territoire, à la prohibition ou au règlement, à l'amende, exprimant toujours le droit de commandement du justicier dans son exercice et dans son action.

Le droit de ban devint patrimonial comme la justice et ses éléments (nº 314); j'ai montré dans le domaine privé non-seulement le *bannus*, mais encore le droit de le conférer (nº 121). Une multitude de textes font voir ce droit dans le commerce et l'objet d'une transmission. On peut en trouver de nombreux exemples dans les textes transcrits ci-dessus; rien n'est plus fréquent dans les actes des onzième et douzième siècles que la disposition du *bannum*, c'est-à-dire du droit de commandement, ou des effets de ce droit, ou des amendes résultant d'une prohibition.

Un acte de 1025, rapporté par Ducange, vº *Bannus*, montre la création d'un ban particulier, à l'effet d'en faire immédiatement la concession à un monastère: *Bannum nostrum super omnes hos illic venientes... facimus, eumdemque bannum nostrum prædicto archiepiscopo ob suum fidele servitium concedimus.*

Le jugement des infractions au ban appartenait régulièrement à celui qui l'avait publié; l'amende du ban du roi appartenait au roi, celle du ban du comte au comte, celle du ban de l'évêque à l'évêque, à moins qu'ils n'en eussent disposé au profit de quelque autre. C'est pourquoi les règles coutumières déterminèrent la compétence des justiciers divers par le montant de l'amende. Ce fut aussi le principe des cas royaux: le roi, comme justicier, ne pouvait mettre ban en la terre au baron (nº 120), mais, comme roi, il pouvait commander aux sujets du baron, sujets de son royaume. Ce pouvoir, longtemps contesté, entraîna la compétence, la poursuite et les profits du châtiment de toutes les infractions aux ordonnances.

334. Ce fut par le ban que les justiciers établirent les exactions qui opprimèrent les hommes de leur *potestas;* sous ce rapport, toutes les *pravæ consuetudines, exactiones novæ*, furent des banalités, et réciproquement toutes les banalités furent des exactions illicites. Créer une redevance ou une obligation nouvelle, c'était mettre un ban, *mittere, ponere, facere bannum;* dans les chartes des octrois de communes, renoncer à frapper les habitants d'un droit nouveau s'exprimait en renonçant à faire ban : la charte de Crespi, de 1223 : *Concessimus etiam quòd bannum facere non poterimus super burgenses, nec super eorum res, nisi de assensu eorum* (1). L'immunité s'exprimait aussi par l'interdiction du ban : *Ut nullus judex publicus vel quælibet judiciaria potestas aliquam sibi vindicet potestatem in hominibus monasteriorum supradictorum... vel eos aliquis capitis banno ob capitis furtum, vel quocumque banno constringat aut aliquam justitiam facere coget, nisi advocatus archiepiscopi* (2). Les condamnations judiciaires elles-mêmes furent appelées du nom du pouvoir qui en était le principe : charte de 1133, qui confirme à un monastère *omnia placita totius bannariæ Bonvallis* (3).

Néanmoins, dans les droits de justice le nom de banalité fut particulièrement consacré à certaines prohibitions ayant spécialement le caractère d'interdiction ou de défense, probablement parce que ces défenses se constituaient plus nécessairement par une proclamation; les perceptions du cens, des tailles, des corvées, pouvaient s'exiger individuellement; mais l'interdiction de chasser ou de pêcher, celles de moudre ou de cuire, de vendanger ou de moissonner, de vendre ou d'exposer les denrées, ne pouvaient s'établir que par une publication; *proclamabantur*.

« En quelques lieux où il y a fours, dit Bacquet, *Des droits de » justice*, chap. 29, n° 38, moulins ou pressouers banaux, on a

(1) Ducange, v° *Bannum*.

(2) Ducange, *ubi supr.: Bannum capitis, multa quæ in pecoribus exsolvitur*. V. Ragueau, v° *Châtel*.

(3) *Ibid.*

» accoutumé *d'appeler et crier à haute voix*, *à cor et à cry*, » qu'on vienne au moulin ou au pressouer (1). »

Les banalités proprement dites n'ont jamais eu le caractère d'appropriement, mais celui d'interdiction et de défense : à l'égard des droits de cette espèce, le *bannum* était le *jus prohibendi*. C'est ainsi que l'historien normand Dudon le considère dans ce passage déjà transcrit, relatif à la banalité de forêt : *In terrâ suæ ditionis*, *bannum*, *id est* INTERDICTUM *misit*, *quod est* PROHIBITIO (n. 33).

« Ban, dit un vieux jurisconsulte cité par Guyot, tom I, » p. 846, est autant dire que défense, prohibition et jurisdic» tion. » Les banalités n'ont jamais cessé d'être considérées par les jurisconsultes comme de simples droits négatifs et prohibitifs, *jura negativa et prohibitiva* (2), auxquels ils ont fait application des règles qui concernent les droits de cette espèce, notamment en ce qui concerne la prescription. «Ayant été ci-dessus déclarés, » dit Bacquet, *Des droits de justice*, chap. 29, n° 38, la nature, l'ef» fet et la qualité des moulins, fours et taureaux bannies, on peut » dire que ce mot ban, bannir, bannière ou banalité, signifie » prohibition et empêchement. Et ce mot bannir signifie prohiber » et empêcher ; ainsi fut interprété lors du plaidoyer fait pour le » moulin des doyen, chanoines et chapitre de Saint-Marcel, » qu'ils soutiennent être banal. Et ces conclusions prises pour droit » de banalité, il est besoin d'user de ce mot prohiber et empê» cher... »

335. Les banalités les plus anciennes dont fassent mention les monuments historiques et législatifs sont les forêts ; nous en connaissons les vicissitudes et nous y reviendrons tout-à-l'heure.

Les autres banalités sont d'une date plus récente : à la vérité, le droit de fixer l'époque des vendanges et de la moisson remonte à l'administration romaine : la loi 4, *ff.*, *De feriis*, plaçait ce droit dans les attributions des *præsides* : *Præsides provincia-*

(1) Voy. aussi Ragueau, v° *Banquier*.

(2) Voy. Ferrarius sur Guy-Pape, quest. 298.

rum ex consuetudine cujusque loci solent messis vindemiarumque causá tempus statuere (1). Mais ce n'était qu'un pouvoir de police dont la persistance parmi les droits du seigneur justicier ne fera que confirmer de nouveau l'origine toute romaine de la justice seigneuriale. En effet, dans un partage des droits de justice, que les moines de Saint-Sauveur font en 1102 avec l'avoué du monastère, ils se réservent le ban de vendange: *Super bannum et licentiam de vineis colligendis, nullam potestatem advocatus habebit* (2). Au quatorzième siècle, Jean Faber plaçait ce droit au nombre des droits seigneurlaux (3); un arrêt du parlement de Paris de 1557, rapporté par Charondas sur Bouteillier, tit. 88, jugeait que ce droit n'appartenait qu'au seigneur justicier; et, bien que les coutumes continssent à cet égard des dispositions diverses, les auteurs de l'ancien répertoire enseignaient au dix-huitième siècle « que, suivant le droit » commun, le ban de vendange est un attribut de la haute jus» tice (4). »

336. Quoi qu'il en soit, ce droit, qui dans les attributions de la haute justice n'était qu'un élément de police, comme il l'est encore dans les localités où l'usage s'en est maintenu, ne constituait pas la banalité seigneuriale, c'est-à-dire l'interdiction faite au profit du seigneur. Mais il fut probablement le prétexte ou l'o-

---

(1) Ce texte a plutôt pour objet de fixer les fêtes pendant le temps des récoltes que l'époque des récoltes elles-mêmes.

(2) Brussel, p. 803.

(3) *In Inst.*, § *Præjudiciales, tit. De actionibus.*

(4) V° *Ban.* Plusieurs coutumes, et notamment celles du Maine et de l'Anjou, faisaient du ban de vendange un attribut du droit de propriété, mais dans ce cas il ne s'exerçait qu'à l'égard des tenanciers, colons, complanteurs ou fermiers; c'est encore à ce titre qu'il a lieu dans les pays où le complant a été maintenu. D'autres coutumes, dans le même esprit, le considéraient comme une prérogative de la directe; enfin le plus grand nombre le plaçaient dans les attributions de la basse justice, ce qui rattachait manifestement cette administration à celle des *judices privati*, représentant le propriétaire, en qualité d'intendants (n° 122).

rigine du droit de banvin ou banvie, lequel portait défense aux sujets du justicier de vendre leur vin tant que le seigneur n'avait pas vendu le sien, ou de vendanger tant qu'il n'avait pas terminé sa récolte.

Ce droit existait au douzième siècle : *Eo die quo bannum nuntiabitur, omnes tabernæ totius balliviæ cadent*, porte une charte de Philippe-Auguste de 1185. *Suo tempore*, dit un acte de la même époque, *nemo ausus erat infra banleviam vinum vendere quandiu comes suum vinum vendere faciebat.*

Lorsque ce droit s'établit en coutume, il porta tous les caractères de l'abus, c'est-à-dire la nature d'exception, n'existant que dans quelques localités, et la diversité de mode et de conditions. Tantôt il comprit la défense de vendre tant que le seigneur n'avait pas vendu, tantôt l'exclusion n'eut lieu qu'à des époques déterminées ou pendant un temps fixe; ici le seigneur ne put vendre que le vin de son cru, là il vendit toute espèce de vins et monopolisa le commerce de cette denrée; ici ce droit fut personnel, là il put être cédé ou affermé; parfois la prohibition ne porta que sur le mode de vente : les coutumes de Lorrys : *Nullus in Dimontem vinum cum edicto vendat, excepto rege qui proprium vinum in cellario cum edicto vendat.* Enfin la banalité s'étendit au delà du vin et frappa toutes sortes de denrées : une charte de 1208 donne à l'évêque de Liége les droits suivants : « Trois bans vins à l'évêque de droit : le premier est de vin, à le » Pasques; le second des chars (chairs) devant quarème; li tiers » est à le saint Jean, de ses bleds, owyt jours devant Noël et owyt » jours après. »

Le droit de banvin fut considérablement gêné dans son exercice par les ordonnances sur les aides; par un édit de 1720 le fisc royal chercha à s'en emparer et l'établit au profit du roi au défaut ou en concurrence du droit seigneurial; une ordonnance de 1776 abolit cet édit, et, à l'époque de la révolution, le droit de banvin ne s'exerçait presque plus en nature; dans la plupart des localités, il avait été converti en une redevance pécuniaire, que le roi ou les seigneurs exigeaient des sujets de leurs justices ou des cabaretiers (1).

(1) Anc. répert., v° *Banvin*.

337. La plus générale et la plus durable de banalités fut celle des fours et des moulins.

L'origine en est inconnue (1); cependant il est probable qu'elle ne remonte guère au delà du 11e siècle; Fulbert, évêque de Chartres, qui vivait à cette époque, s'en plaint à Richard, duc de Normandie, comme d'une oppression nouvelle: *Nuper ad nos venit insperata legatio, quòd ipsam terram quam nobis dedistis, Baldricus magister revocaverit nostro ministro, quem ibi præfecimus aliquid disponendi potestatem interdixerit,* BANNIENDO SCILICET, *ut irent ad molendinum Sancti Audoeni quinque leucis, ut fertur, ab eorum hospitiis remotum.* Balduinus, dans son commentaire sur les Institutes, présente également cette oppression comme peu ancienne: INAUDITA BARBARIE PROHIBEMUS *aliquid sibi molere vel coquere infelici rustico.*

Et au tit. *De nov. op.*, § 6.

Superiorum temporum barbaries novam quamdam servitutis molendi speciem, quâ villæ, pagi, municipia coguntur unâ molâ quam bannalem vocamus, uti arbitrio ejus loci, eique nomine certum nummum pendere tàm strictâ servitute, ut si domi modicam farris molat miser rusticus gravissima etiam mulcta tantum scelus expiat (2).

Les *Olim* indiquent également l'établissement de la banalité des moulins comme l'objet de tentatives présentes et nouvelles, même de la part des officiers du roi. Un arrêt rapporté au tom. I, p. 91, n. 1, se termine ainsi:

Nihil probatum est pro rege: probatum est pro burgensibus de Loreiaco quod antequam terra veniret ad comitem Atrebatensem, burgenses de Loreiaco ducebant pannos suos fullandos

---

(1) Les textes des capitulaires et les actes privés contemporains font souvent mention des moulins et de leurs produits; mais nulle part leurs dispositions ne supposent le droit de banalité dont la mention devient expresse dans les actes postérieurs au douzième siècle. Je reviendrai sur ce point en parlant des moulins et de la possession des petites rivières.

(2) Voy. ces citations dans Brodeau, art. 71 de la cout. de Paris, et Basnage, tom. 1, p. 318.

ubi volebant, sine calumpniâ et contradictione, propriis vecturis; nihil pro rege.

Ainsi les documents qui précèdent rattachent la création des banalités de moulins à l'époque de la domination absolue des justiciers. Une circonstance remarquable nous montre cette faculté oppressive cessant avec le pouvoir qui l'a produite.

De droit commun, les moulins à vent ne furent point banaux coutumièrement et par droit de justice; cette condition reconnue par presque tous les jurisconsultes était constatée notamment par la coutume de Paris, dont l'art. 72 portait :

« Le moulin à vent ne peut être banal s'il n'y a titre ou re-» connaissance par écrit. » Les feudistes ont vainement cherché la cause de cette différence et n'en ont donné que des raisons puériles, telles, par exemple, que la liberté de l'air. Cependant l'origine des moulins à vent semble en donner clairement la raison.

Ces machines étaient inconnues en France avant les croisades; c'est à cette époque qu'elles ont été rapportées d'Orient où elles étaient en usage, et j'ai lu d'anciens titres dans lesquels les moulins à vent sont nommés moulins *turquois*.

« La plus ancienne autorité que j'ai vue des moulins à vent, » dit Brodeau, sur l'art. 72, n. 23, est en une décrétale du pape » Célestin III, qui vivait vers l'an 1192. » Chopin, cout. de Paris, tit. 2, n. 43, a transcrit deux arrêts de l'échiquier de Normandie, des années 1215 et 1216, qui parlent de *molendino venti*. Mais alors ils étaient fort rares et évidemment encore d'une introduction récente. Un acte de 1422, cité par Ogée dans son *Dictionnaire de Bretagne*, tom II, p. 130, constate qu'à cette époque il n'en existait point au pays nantais, et que cependant le nombre des moulins à eau ne suffisait pas aux besoins de la population.

C'est donc au plus au quatorzième ou au quinzième siècle que se reporte l'usage commun des moulins à vent; or, à cette époque le pouvoir justicier était soumis au frein; le droit de ban avait cessé de produire, à peine pouvait-il conserver; c'était l'époque de l'abolition des garennes, et lorsque partout les banalités étaient critiquées ou abolies, il est évident qu'une autre ne pouvait s'étendre ou s'établir. Les moulins à vent arrivaient trop tard

pour s'empreindre d'un droit qui devait être fondé sur une jouissance immémoriale, et dès lors ne pouvait s'appliquer à une chose nouvelle.

Aussi, généralement, les coutumes n'ont point constaté la banalité des moulins à vent; le plus ancien commentateur de l'ancienne coutume d'Orléans, mentionnant les moulins à vent, ajoute : *De istis in jure nihil cautum*. Le chap. 252 de l'ancienne coutume de Bretagne portait : « Moulin à eau a plus ancien » détroit que moulin à vent. »

Ces considérations jettent un grand jour sur l'histoire de la domination seigneuriale et en manifestent singulièrement le commencement et la fin. Ce qui suit va nous montrer dans les vicissitudes des banalités les mêmes évènements que déjà nous ont retracés les autres éléments abusifs du pouvoir justicier.

338. Ce que nous connaissons de l'origine des banalités, du droit de *bannus*, de ses effets et de son attribution, ne nous permet pas de douter que ces actes d'oppression n'appartinssent originairement à la justice.

Jamais autre qu'un seigneur justicier ne jouit du droit de ban; le *bannus*, synonyme de la justice elle-même, ne put évidemment imprimer son nom qu'à des actes émanés de ce pouvoir.

Aussi tous les monuments anciens présentent-ils les banalités comme appartenant à la puissance justicière.

Les Établissements de saint Louis, liv. I, chap. 102 : « Se au» cun hons avait moulin, qui *eût voière* en sa terre, et *qu'il ait* » *hommes estagiers*, ils doivent moudre à son moulin tuit cil » qui sont dedans la banlieu. »

Au chapitre 110, c'est également aux hommes *coutumiers* seulement qu'est imposée l'obligation de moudre au moulin de la *chastelerie*, c'est-à-dire de la justice inféodée.

Les arrêts des *Olim* considèrent également les banalités comme droits de justice. Maître Théobald prétendait construire un moulin dans sa terre sur laquelle il avait toute justice; les maires et les jurés de la commune voisine s'y opposaient, attendu qu'ils étaient fermiers d'un moulin appartenant au roi et que l'établissement nouveau leur nuisait; mais : *Quia magister*

Theobaldus HABET *in eodem loco* OMNIMODAM JUSTITIAM, *et rex vel major aut aliquis alius nullam habent ibi banneriam, determinatum est quòd idem magister potest facere molendinum suum* (1).

Toutes les anciennes coutumes qui régissent cette matière supposent au possesseur d'une banalité la qualité de justicier haut ou bas; je reviendrai sur leurs dispositions (2).

Enfin, tous les jurisconsultes antérieurs au dix-septième siècle, tels que Bouteiller, Chopin, Coquille, Bacquet, Dumoulin, n'hésitent pas à en faire un droit de justice.

339. Mais, vers la fin du seizième siècle, les opinions subirent de grands changements; la puissance justicière avait éprouvé de telles altérations que l'origine même de ses prérogatives était oubliée. Le véritable caractère des banalités était perdu de vue; les feudistes les plus habiles en ignoraient l'histoire, comme on l'a pu voir manifestement dans l'exposé des garennes; tout le souvenir qu'on en gardait alors, c'est que ces droits étaient le fruit d'une odieuse oppression, et que si la force de la coutume avait dû les maintenir, il était d'une juste réparation de les restreindre partout où il n'était pas possible de les supprimer. Brodeau, sur l'art. 71 de la coutume de Paris, rappelait cette opinion générale et la donnait pour cause à cet article introductif d'un droit nouveau et ainsi conçu :

« Nul seigneur ne peut contraindre ses sujets d'aller au four ou moulin

(1) Tom. 1, p. 255, n° 12.

(2) L'exemption des nobles et de toutes personnes autres que les estagiers, hommes de pooste, roturiers et sujets de la justice, formant le droit commun de la France, est une preuve manifeste du caractère justicier essentiel aux banalités. On a vu tout à l'heure les établissements de Saint-Louis n'assujétir aux moulins que les *estagiers et coutumiers*. Suivant Chopin, sur l'art. 31 de la coutume d'Anjou, le livre de la reine n'y soumettait que « les vilains du » seigneur, les couchans et levans en son villenage. » Enfin, cette coutume elle-même, la plus conforme à l'ancien droit, exprimait clairement le même fait en disant : « Le privilége de non aller descend des personnes et non des lieux. » Voy. Guyot, tom. 1, p. 427 et suiv.

» qu'il prétend bannal, s'il n'en a titre valable, ou aveu et dénombrement » ancien ; et n'est réputé titre valable, s'il n'est auparavant vingt-cinq ans. »

Cette disposition anéantissait manifestement la banalité du four et du moulin, comme droit de justice. Aussi le successeur du fier baron qui le premier ressentit les effets de la puissance royale (n° 252), le duc de Montmorency, protesta-t-il, malgré l'article introduit, « d'en user comme auparavant, » protestation qui n'eut d'autre résultat que son insertion au procès-verbal.

En retranchant les banalités des droits de justice, la coutume nouvelle n'en faisait point un droit de fief; c'est ce qui fit enseigner aux commentateurs : « que, dans la coutume de Paris, » ce droit n'est point féodal, ni seigneurial, c'est un droit extraor- » dinaire et contre le droit commun; c'est pourquoi non-seule- » ment il faut un titre, mais aussi une possession paisible.... » d'où il s'ensuit qu'un seigneur ne le peut pas acquérir par » prescription, mais il le peut perdre par une non-jouissan- » ce (1). »

Il était donc vrai de dire que, sous la coutume de Paris, les véritables banalités avaient disparu ; la loi commune n'en reconnaissait point; cet odieux reste de la domination seigneuriale ne pouvait subsister que dénaturé et sous l'apparence d'une convention ; encore fallut-il que le titre de cette convention fût exempt de tout soupçon de violence ; la coutume considérait comme entaché de ce vice, et en conséquence comme nul et non avenu, tout titre passé dans les vingt-cinq ans qui précédèrent la réforme, c'est-à-dire pendant les guerres civiles et les troubles qui commencèrent en 1559. La coutume parlait comme les ordonnances, en constatant l'abus général que les seigneurs avaient fait à cette époque de leur pouvoir, et en frappant de présomption frauduleuse et de nullité tous les actes qu'ils avaient alors passés avec leurs sujets (2).

(1) Compilation de Ferrière, art. 71, n°s 5 et 6.

(2) Les motifs de cet article célèbre manifestent la part que l'autorité royale et l'intérêt du fisc prennent encore cette fois à l'échec que subissait la puissance

340. La destruction des banalités, constatée par la coutume de Paris, avait suivi la même marche presque partout. Dans la plupart des localités, ces droits seigneuriaux furent entièrement supprimés : « C'est une servitude, dit Brillon, v° Banalité, si peu favorable, qu'à peine est-elle admise par trente » coutumes, de près de trois cents que nous avons rédigées. » Parmi celles qui la maintiennent ou la supposent, les unes suivent le principe de la coutume de Paris et ne l'admettent que comme un contrat librement consenti par tous ceux qui s'y trouvent assujétis ; les autres la considèrent comme un droit de fief ; d'autres comme un droit de justice.

Dans les premières, il est évident que les banalités véritables avaient complètement cessé d'exister et n'étaient plus reconnues. Quelques observations sont nécessaires pour la juste intelligence des autres.

La coutume de la Marche était la seule dans laquelle le droit de banalité légale fût expressément constitué droit de fief ; le texte est formel :

Art. 311. « Si aucun a moulin moulant et en état, les hommes de *feudalité*, soit francs ou tenant servitude ou condition mortailiable, demeurant dans la banlieue dudit moulin, soient tenus y aller moudre. »

« En cette coutume, dit Brodeau, le droit de mosnage est un » attribut, un accessoire, une dépendance nécessaire, non de la » haute justice ou de la suzeraineté et supériorité, comme dans » les coutumes voisines, mais en la directe et féodalité, dont il » ne peut être séparé. Arrêt du 6 septembre 1625. »

---

justicière : « La raison est, disent les commentateurs précités, que souvent les » seigneurs contraignent par force et violence leurs sujets à des charges, sujétions et servitudes, *ensorte qu'ils sont souvent obligés de quitter le pays et* » *d'abandonner leurs biens*, ce qui est contre l'intérêt du roi et de l'État, car, » étant ainsi opprimés par les seigneurs, *ils ne peuvent point payer la taille* » *et les droits auxquels ils sont obligés envers le roi.* » Voy. ci-dessus la matière des alleus, des vacans, et la maxime : Nulle terre sans seigneur, où les mêmes causes produisent les mêmes effets, et plus loin l'ordonnance de 1629.

Dans la coutume de Bretagne, les banalités étaient également considérées comme droit de fief, mais il est facile de se convaincre que cette doctrine était une erreur de la jurisprudence. Les textes n'assujétissaient au droit de moulin que les *étagiers mansionniers* (art. 376), c'est-à-dire les hommes de justice. Mais l'art. 375 portait : « Il appartient au prochain seigneur avoir et retirer les moutes des hommes de ses vassaux, » au cas qu'iceux vassaux n'auroient moulin pour moudre. » C'était la règle écrite au chap. 106 des Établissements de saint Louis : « Si aucun bers est qui ait son vavassor en sa *chatellerie*, » et le vavassor n'ait point de moulin, *tuit si hommes coutumiers* moudront au moulin au baron, » ce qui signifiait que si le possesseur d'une justice inféodée n'avait point de moulin, les hommes de sa justice iraient moudre à celui du seigneur dont il était vassal. Ainsi le droit de moulin était féodal de seigneur à seigneur, mais de justice du seigneur aux sujets. Néanmoins, les jurisconsultes bretons confondirent, et considérèrent l'assujétissement lui-même comme féodal.

La même confusion se retrouve dans les ouvrages généraux sur le droit coutumier, relativement aux coutumes de Tours, du Maine, d'Anjou, du Perche et du Poitou : les uns enseignent que ces coutumes font des banalités un droit de fief, d'autres un droit de justice. En examinant attentivement leurs textes, on reconnait que toutes considèrent le droit de moulin comme ne pouvant être exercé que par le seigneur haut, bas ou moyen justicier, mais à condition qu'il sera possesseur d'un fief foncier et que son moulin sera situé sur sa terre en domaine ou en directe. Cette observation est d'une haute importance en ce qu'elle constate que la banalité de moulin n'entraînait pas la banalité des rivières et que le seigneur justicier n'avait pas le droit de construire une usine sur un cours d'eau situé dans sa justice, mais non dans son fief, c'est-à-dire dans sa propriété. Cette règle détruit manifestement la supposition que les justiciers étaient propriétaires de toutes les petites rivières situées dans l'étendue de leur justice, et sera plus amplement développée dans le chapitre suivant.

Ainsi tel était au dix-septième siècle le droit des coutumes

à l'égard des banalités; l'existence de ces prérogatives n'était reconnue que par quelques dispositions exceptionnelles ; un très petit nombre de coutumes en contenaient le nom et la supposition; dans ce petit nombre, la plupart n'en admettaient l'exercice que dans l'hypothèse d'une convention et comme acte de pleine liberté. Dans quelques-unes, et en vertu de textes formels, le droit de contraindre les coutumiers était conservé comme élément de la justice, mais tout ce qui pouvait supposer la violation du droit de propriété avait été rigoureusement écarté. On peut donc dire que les banalités originaires n'existaient nulle part; celles qui subsistaient n'étaient qu'une exception; le droit commun était leur anéantissement absolu. C'était le droit de toutes celles qui gardaient le silence; quelques-unes s'en expliquaient formellement; celle de Lille portait :

Tit. 1, art. 72 : « En ladite châtellenie, n'y a nulle franche garenne, fours ni moulins bannerets. »

Enfin, au-dessus des lois municipales, et comme constituant un droit commun puissant et une règle générale impérieuse, dominait l'ordonnance de 1629, dont l'art. 207 était écrit dans le même esprit que la coutume de Paris :

« Défendons aux seigneurs et gentilshommes d'assujétir leurs vassaux et tenanciers à leurs moulins, fours et pressoirs, s'ils ne sont fondés en titres, à peine de confiscation desdits fours et moulins, et la perte de tous autres droits qu'ils pourraient prétendre sur eux. »

Quant aux banalités qui ne furent jamais que rares et exceptionnelles, telles que celles de la meule, du taureau, du verrat, du moulin à foulon, elles durent nécessairement subir le sort de celles de four et de moulins. Là où des titres conventionnels ou pouvant être considérés comme tels furent représentés par les seigneurs, leurs droits furent conservés. Partout ailleurs, ils disparurent. Mais généralement, à l'exemple du banvin, elles furent transformées en redevances que l'on qualifia féodales et dont l'origine fut promptement oubliée.

341. Les vicissitudes des banalités constituées par les forêts et garennes nous sont connues ; c'est par leur exposé que j'ai commencé l'examen des institutions seigneuriales ; de tous les objets que ces institutions ont régis, nul n'était plus propre à jeter la lumière sur cette matière obscure, et à nous remettre sur la voie de la vérité dont les feudistes modernes, égarés par des intérêts divers, se sont si complètement écartés.

L'origine du droit de forêt est purement germaine ; on n'en trouve aucune trace ni dans les actes de législation romaine, ni même dans les capitulaires de la première race.

Cependant les règlements émanés de Charlemagne et de ses successeurs présentent les forêts comme existantes antérieurement ; bien plus, l'interdiction d'en établir de nouvelles est déjà une règle générale et absolue que rappellent de nombreuses instructions ; j'ai fait connaître les textes qui les contiennent : *De forestis noviter institutis, quicunque illas habet, dimittat..... comitibus denuntiat ne ullam forestam noviter instituant, et ubi noviter institutas invenerint, dimittere præcipiant..... de forestâ quam Autharius comes habere vult, ubi ea priùs non fuisse dicitur....* (1).

Les droits de forêt et de garenne étaient de véritables banalités et en avaient tous les caractères :

1° Ils étaient établis par l'autorité du *bannum*. Des textes assez nombreux ne laissent aucun doute sur ce point : *Quamdam silvam forestari concessimus et* BANNI NOSTRI DISTRICTUS *circumvallavimus*, porte une charte de l'an 1039, qui interdit en même temps tout usage compris dans l'interdiction du *bannus*, *quæ meritò sub* JURE BANNI *continentur* (2).

2° Ce droit appartenait et n'a jamais appartenu qu'au seigneur justicier ; les capitulaires reconnaissent deux sortes de forêts, les unes au roi, appelées *forestæ dominicæ*, les autres aux comtes

(1) Voy. *sup.*, n° 38, et Baluz., tom. 1, p. 336, 339, 418, 510, 617 et 798.

(2) Ducange, v° *Foresta* ; v. *suprà*, n° 35 : dans Baluze, tom. 1, p. 418, une charte de Charlemagne, et mon *Traité de la chasse* p. 19.

ou immunistes. Ceux-ci avaient, comme le roi, des officiers gardiens de leurs forêts, nommés *forestarii* (1).

Les coutumes de Tours et d'Anjou, rappelant ce droit primitif de la domination seigneuriale, comprenaient encore les forêts parmi les prérogatives justicières : « Des droits de seigneur châ» telain, porte l'art. 59 de la coutume de Tours, sont et dépen» dent droits de *foréts*, colléges, foires, marchés, etc. » Et l'art. 47 de la coutume d'Anjou : « Droite baronie doit avoir trois châ» tellenies, ville close, abbaye, prieuré conventuel ou collége avec » *forét.* »

Il en était de même du droit de garenne ; le registre des *Olim*, qui contient de nombreuses contestations à cet égard, présente toujours la garenne réclamée par le possesseur de la justice *omnimoda*, ou au moins de quelque autre élément de la justice. Dans un exemple cité *suprà*, p. 71, les demandeurs en nullité de la garenne se fondent principalement sur ce que son auteur n'avait sur leur territoire aucun droit de justice : *Licet non habeat baroniam vel castellariam in villá prædictá.*

3° Les forêts et garennes ne consistaient qu'en une prohibition ou défense de chasser ou de pêcher : *Proclama mittere ne quis venetur*, *prohibere hominibus ne habeant piscari*, portent les textes cités *suprà*, n° 33. Ainsi le seigneur ne s'appropriait ni le territoire, ni le fleuve qu'il frappait d'interdiction ; il y défendait la pêche ou la chasse, réservant ce droit pour lui seul.

Malgré la défense, les lieux constitués soit en garenne, soit en forêt, restaient la propriété de leur possesseur légitime ; j'ai démontré ce point, n° 35. Mais la nature diverse de ces deux banalités produisit des effets différents. L'établissement d'une forêt avait pour résultat nécessaire l'abandon de la culture et l'émigration des habitants qui ne pouvaient ni vivre, ni cultiver en présence des animaux féroces dont le territoire était peuplé. Avec le temps le souvenir du droit de propriété se perdit et le seigneur demeura seul possesseur du territoire abandonné (n° 200). Cepen-

(1) Les fonctions de forestiers ont été données en fief dans les temps féodaux. — Voy. Ducange, v° *Forestarius*.



dant tel n'était pas le droit primitif, et ce qui le démontre évidemment, c'est l'effet des renonciations au droit de forêt, renonciations que les chartes du moyen âge expriment par le mot *deafforestare*. La déafforestation rendait au propriétaire la libre disposition de son domaine. *Concedimus* porte une charte d'Édouard Ier, *quòd omnes terræ et tenementa sua, tàm in bosco quàm in plano existentia sint extra potestatem forestariorum..... et quod possint de boscis suis, de manariis pro voluntate suâ commodum facere et boscos illos assartare et in culturam redigere.* Une autre charte d'Henri III : *Ità quòd bruilli prædicti cum landis, pratis et omnibus suis pertinentiis, tàm in bosco quàm in plano deafforestentur et quieti sint in perpetuum de..... venatione et de omnibus quæ ad forestam pertinent; quos quidem bruillos assertare, excolere et fossato sive haia claudere poterunt* (1). Les résistances armées des possesseurs et les procès perpétuels auxquels la propriété d'un grand nombre de forêts ont donné lieu ne sont qu'une protestation du droit contre la violence et le souvenir vague et traditionnel d'une spoliation (2).

Ainsi ni l'établissement des forêts, ni celui des garennes, n'attribuaient de droit, au seigneur, la propriété du sol ; cette banalité, comme toutes les autres, n'était qu'un *jus negativum et prohibitorium* qui ne s'étendait pas au delà de son objet, savoir, la chasse et la pêche.

Aussi, lorsque les garennes disparurent des institutions seigneuriales, les populations rentrèrent naturellement dans les droits dont elles avaient été depuis si longtemps privées. Non-seulement les propriétaires purent librement cultiver et enclore leurs possessions, mais encore ils eurent le droit et le droit exclusif d'y chasser et d'y pêcher. Par exemple, nous avons vu *suprà*, nº 41, la charte par laquelle le comte d'Anjou renonce à la garenne dont ses prédécesseurs avaient frappé les quintes d'Angers; cette abolition produisit le droit consacré par les art. 35 et 39 de la coutume d'Anjou :

---

(1) Ducange, vº *Foresta*.

(2) Voy. mon *Traité de la chasse*, p. 26.

Art. 35. « Nul ne peut, de jour et de nuit, tendre ne tesurer en autrui domaine, et s'entend ladite coutume *tant ès quintes* d'Angers ou ailleurs. »

Art. 39. « Et de chasser au domaine d'autrui avec les chiens ou à la gaule aucun n'est fondé. »

342. J'ai fait voir, dans les nos 40 et suivants, les banalités des forêts et garennes disparaissant successivement des institutions seigneuriales et ne laissant dans les coutumes que des traces éloignées et des vestiges dénaturés d'un oppression depuis longtemps abolie. Relativement à la chasse, le droit fut promptement régi par les ordonnances; son exercice tenait par taut de liens à la police et à l'ordre public, que l'autorité royale ne pouvait manquer de s'en emparer. Une ordonnance de 1318 interdit la chasse aux filets et la possession de furets à tout autre que les gentilshommes ou possesseurs de garennes. Cette ordonnance supposait la liberté de la chasse par tout autre moyen : en effet, des instructions de la même époque l'énoncent formellement.

« Personnes *non nobles* peuvent chasser *partout hors garenne*, à chiens, à connils, à lévriers ou chiens courants, ou à chiens, à oiseaux et à bâtons, mais ils n'y peuvent tendre quelconques engins que ce soient, de jour et de nuit (1). »

Dans cette instruction, deux droits sont consacrés : 1° celui de tous, nobles ou roturiers, à jouir du droit de chasse; 2° le respect dû aux garennes dont l'établissement subsiste encore.

Mais, dans les ordonnances qui suivirent, le nom de garenne fut omis à mesure que ce droit disparut ; plus tard, le roi seul parut en posséder de véritables, et, dans les textes, le mot de garenne, à l'égard de tous autres, ne fut employé que comme dans les coutumes, pour désigner les conninières ou refuges à lapins.

Les ordonnances rattachèrent à d'autres conditions l'exercice du droit de chasse. Tant que la royauté eut à combattre la puissance justicière, elle protégea l'homme de pooste et le vilain,

(1) Code des chasses, tom. 1, p. 99.

instituant les communes et brisant les garennes; mais, une fois que l'autorité des seigneurs eut cessé d'être redoutable, le roturier fut sacrifié à la noblesse, dont les phalanges devinrent l'appui de la monarchie. Libéré de la domination seigneuriale, il tomba sous l'oppression du privilége et de l'inégalité. Devenu riche, il acquit vainement les fiefs, les seigneuries, les justices, il ne put se dégager de son infériorité; haut et puissant seigneur par ses domaines, il fut garanti dans ses possessions par l'intérêt du trésor, mais il resta vilain, et tout gentilhomme put impunément lui faire affront (1).

Les ordonnances sur la chasse sont empreintes de cet esprit; elles ont manifestement pour objet d'en faire un privilége pour les nobles, autant que le permettaient les conditions du droit de franc fief et le principe de la propriété; je n'ai point à les examiner

---

(1) « Le marquis de Resnel acheta un fief qui relevait d'un autre fief appartenant à un riche apothicaire de Paris. Ce sire lui fit dire qu'il lui devait foi et hommage, et cela assez incivilement. Le marquis, résolu de s'en venger, vient à Paris, se met au lit, et le soir envoie commander un lavement chez cet apothicaire pour un grand seigneur qui logeait en tel lieu. Le maître y voulut aller lui-même, et prit même ses habits des dimanches. Le feint malade ne se laissa pas voir au nez. L'apothicaire lui donne le lavement, et, avant qu'il se fût retiré, le marquis lui lâche tout au visage en lui disant : Voilà comme je vous fais foi et hommage, monsieur l'apothicaire. Grand procès pour cela ; *mais les juges rirent tant, qu'il fallut que l'apothicaire s'accommodât.* » (Tallemant des Réaux, tom. 18, p. 188.)

Je demande pardon au lecteur de mêler pour la seconde fois un récit de cette nature à des considérations sérieuses. Mais il faut se rappeler que la corruption du règne de Louis XIII se traduisait en faits burlesques, de même que l'immoralité profonde des temps précédents s'était manifestée par des actes d'une incroyable obscénité. Les habitudes de chaque époque en caractérisent la civilisation ; elles changent avec les idées et les principes ; et c'est pourquoi les conditions d'un état social ne peuvent convenir à celui qui le suit. Le fait rapporté par Tallemant des Réaux met dans une évidence frappante l'anéantissement du pouvoir seigneurial au seizième siècle ; la puissance et la considération s'attachaient dès lors à d'autres éléments ; la noblesse et la faveur royale avaient remplacé l'autorité du seigneur ; quoique le fief, en tant que contrat foncier, fût en pleine vigueur, la hiérarchie féodale n'était plus qu'une fiction sans vie ; l'hommage, qu'une vieillerie étrangère aux mœurs

ici (1); je ferai seulement observer que, depuis le seizième siècle, l'existence des garennes cessa complètement d'être prise en considération pour déterminer le droit de chasse, ce qui conduit nécessairement à penser qu'il n'en existait plus.

Leur anéantissement absolu se manifeste encore autrement. Des procès s'élevèrent de toutes parts entre le seigneur justicier et le seigneur féodal à l'égard de l'exercice du droit de chasse, le premier se fondant sur les traditions d'une ancienne possession, le second sur son droit de propriété. Une jurisprudence aussi confuse que contradictoire s'établit sur ce point qui n'offrait en effet aucun élément de droit commun ou de décision régulière. Le plus grand nombre des arrêts considéra le droit de chasse comme un droit de propriété, et l'attribua exclusivement au seigneur de fief; d'autres y maintinrent le haut justicier. L'ordonnance de 1669 trancha le différend et, pour ainsi dire, partagea la difficulté. L'art. 26 du titre 30 porte :

---

actuelles; quoique consacré par les lois vivantes, le droit n'en pouvait être exercé qu'autant que les conditions nouvelles du seigneur et du vassal s'y prêtaient.

Les progrès des mœurs et de la décence publique avaient, au dix-huitième siècle, fait tomber en désuétude les devoirs féodaux que Chopin qualifiait de charges *honteuses, sordides et ridicules*, et auxquelles de son temps « il fallait satisfaire ou quitter la terre. » (Cout. d'Anjou, art. 31.) Cependant le droit n'avait pas changé; ainsi, dans certaines localités de Bretagne, le censitaire devait, à chaque mutation, faire aveu, et devant la porte de l'église, en présence de son seigneur : « sauter, siffler, faire un p... » Cette cérémonie put paraître simplement plaisante au censitaire lui-même, tant qu'il ne fut qu'un paysan s'estimant heureux de faire rire son seigneur qui le dominait de si haut; mais lorsque le possesseur de la censive fut un bourgeois riche et considéré, un hommage de cette espèce devint manifestement impossible et cessa d'être exigé. Cependant le droit du seigneur, comme celui de l'apothicaire, était écrit dans les aveux et garanti par la loi; l'existence seule de ce droit imprimait au vassal une humiliation qui blessait incessamment son orgueil et nourrissait une haine profonde entre lui et son seigneur; un tel état de choses, qui faisait violence à la plus irritable des passions, devait nécessairement un jour se briser violemment.

(1) Voy, à cet égard, mon *Traité de la chasse*, introduction historique.

« Déclarons tous seigneurs hauts justiciers, soit qu'ils aient censive ou non, en droit de pouvoir chasser dans l'étendue de leur haute justice, quoique le fief de la paroisse appartienne à un autre, *sans néanmoins qu'ils puissent y envoyer chasser aucuns de leurs domestiques ou autres personnes de leur part*, ni empêcher le propriétaire du fief de la paroisse de chasser dans l'étendue de son fief. »

Ce droit, qui régissait tout le royaume nonobstant toute règle ou possession contraire, effaçait jusqu'aux dernières traces des banalités de chasse; le justicier désormais n'eut d'autres titres que l'ordonnance de 1669; son droit ne consista que dans une prérogative personnelle, de création nouvelle et sans lien avec les institutions primitives de la justice. Toute autorité, toute juridiction lui fut enlevée en ce qui concernait la chasse; il ne put empêcher de s'y livrer, ni le seigneur de fief, ni même les personnes auxquelles celui-ci permettait de chasser. Les derniers arrêts jugèrent « que le haut justicier n'avait pas qualité pour » faire faire des rapports de chasse, et qu'il n'avait pas même le » droit d'exiger de ceux qui chassaient la représentation des » permissions qu'ils disaient avoir du seigneur du fief (1). » Ainsi, les derniers vestiges des banalités de chasse avaient disparu de nos institutions.

343. Je ne puis terminer ce dernier chapitre des droits de la justice et du fief, en général, sans faire connaître les théories des jurisconsultes du dix-huitième siècle, dont les opinions à l'égard de la propriété des eaux courantes, exercent une influence grave dans les discussions actuelles.

A dater de la lutte qu'élevèrent sur l'origine de nos institutions les systèmes opposés de Dubos et de Boulainvilliers, une réaction profonde s'opéra dans les doctrines des feudistes. Les théories historiques qui présentaient tous les Gallo-Romains comme ayant subi la conquête et l'assujétissement servile prévalurent auprès des jurisconsultes et conduisirent, par voie de

(1) Anc. répert., v° *Chasse*.

conséquence, à considérer toutes les libertés des vilains comme l'œuvre généreuse de leurs vainqueurs et maîtres les seigneurs, et tous les droits seigneuriaux comme les conditions justes et légitimes d'un affranchissement spontané.

Poquet de Livonière, dans son *Traité des fiefs*, écrit en 1720, paraît avoir énoncé le premier cette opinion : « La plupart de » nos auteurs, dit-il, regardent le droit de banalité comme un » effet de la violence des seigneurs et de l'abus de leur autorité. » Parce que cette opinion n'est fondée qu'en conjectures et vrai- » semblances, et *que, dans les choses douteuses, il est plus* » *juste de présumer le bien que le mal, j'aime mieux croire* » que les banalités se sont établies par une espèce de conven- » tion entre les seigneurs et les sujets. Ceux-ci n'ayant pas le » moyen ou ne voulant pas faire la dépense de bâtir des mou- » lins, des fours et des pressoirs pour leur usage particulier, » quelques seigneurs offrirent d'en construire de communs et de » publics pour la commodité des gens de leur dépendance, mais » aussi avec un privilége prohibitif et exclusif (1). »

L'opinion du feudiste angevin prit faveur; elle fut reproduite et bientôt étendue à tous les droits seigneuriaux; les tailles, les corvées, les droits de gîte, de past, de guet et garde (2), apparurent, comme les banalités, des conditions de liberté et de légitimes obligations. Les chartes des communes devinrent les titres irrécusables des seigneurs à la reconnaissance des habitants affranchis (3) ; les oppressions justicières sous lesquelles les populations avaient gémi pendant dix siècles, et dont l'existence était écrite dans l'histoire en sanglants caractères, furent

(1) *Traité des fiefs*, liv. 6, ch. 6.

(2) Voy. *suprà*, n° 147, l'opinion des feudistes à l'égard de ces droits.

(3) J'ai déjà dit que généralement les communes ne changeaient rien à l'état civil des habitants (n° 303) : la charte de Meaux le prouve clairement : an 1179 ; art. 29 : *Homines communiæ in personis suis habebunt libertatem quam habebant antequàm communia fieret.* Cette charte était rédigée sur le modèle de celle de Soissons, et sans doute n'avait rien de particulier. *V.* Brussel, p. 183, note *q*.

révoquées en doute et effacées des annales de nos institutions. Une fois lancée dans la carrière des conjectures, la doctrine ne s'arrêta plus. « Quelques auteurs, dit Lapoix-Fréminville (1), » ont prétendu que la plupart des droits des seigneurs sur leurs » justiciables étaient des exactions plutôt que des devoirs légi- » times ; et, entre autres, Me Charles Dumoulin, dont les senti- » ments seront toujours respectés et les opinions suivies ; mais » *cette idée singulière* ne peut être admise sans preuves ; aussi » n'est-elle pas reçue favorablement par les auteurs qui sont les » mieux versés dans les matières féodales. » A la vérité, le commissaire du roi ne fait pas connaître ces auteurs, mais il raconte à sa manière l'établissement de ces devoirs légitimes : suivant lui, toutes les terres du royaume ont appartenu au roi qui les a cédées aux seigneurs, et ceux-ci, les premiers, ont appelé des cultivateurs dans ces concessions qui comprenaient tout le royaume et apparemment étaient désertes auparavant. « Pour l'établissement de ces sujets, dit le domaniste, tome 2, » p. 597, les seigneurs composèrent avec ceux qui se présen- » tèrent pour habiter ces possessions.... et il fut convenu des » droits généraux que ces seigneurs auraient sur ces *nouveaux* » *habitants*, tels que ceux de guet et garde, banalités, corvées » et autres qui les assujétissaient envers ces *bienfaiteurs* à ces » droits. »

Ce système, qui fait disparaître en même temps tous les sujets de plainte des hommes de pooste et tous leurs droits primitifs à la propriété du sol, se retrouve dans presque tous les écrits du dix-huitième siècle ; c'est, à peu de chose près, celui d'Henrion de Pansey lui-même et de l'ancien répertoire (2) ; il n'est plus d'oppression qui ne se rattache à quelque cause généreuse, plus d'exaction qui ne soit légitime ; la mainmorte, l'odieuse mainmorte elle-même, a trouvé son panégyriste ; l'un des plus éclairés commentateurs de nos coutumes n'a pas craint d'en faire

(1) *Pratique des droits seigneuriaux*, t. 2, p. 595, chap. *Des corvées.*

(2) Voy. *Dissertations féodales*, vis *Bannalités* et *Corvées*, et l'ancien répertoire aux mêmes mots.

l'éloge et de la présenter comme un soulagement que l'infortuné mortaillable devait au désintéressement de son seigneur (1).

344. Le caractère fabuleux de toutes ces suppositions se manifeste par la diversité qu'elles présentent dans le système de chaque auteur; l'histoire est favorable aux prétentions des seigneurs féodaux, des seigneurs justiciers, ou du domaine royal, suivant que le jurisconsulte est enclin à favoriser l'un ou l'autre. Lapoix-Fréminville, pour qui les garennes du dixième siècle ne

---

(1) On conçoit que, pour rattacher à l'autorité royale tous les droits et toutes les causes de puissance, un écrivain fiscal tel que Fréminville n'ait reculé devant aucune fable; mais qu'un esprit aussi judicieux que le président Bouhier ait subi l'influence de la mode à ce point d'avoir soutenu « que la »mainmorte n'est pas un droit odieux; que l'origine des mainmortables est »légitime et mérite faveur; qu'il est du bien public de la maintenir, » c'est ce qu'on a peine à comprendre. La discussion de ce jurisconsulte sur ce point est véritablement curieuse, et mérite d'être lue. On y trouve tous les arguments que font aujourd'hui valoir les partisans de l'esclavage dans les colonies. On a peine à ne point prendre la réflexion qui suit pour une amère dérision : « Uniquement occupés de l'agriculture et attachés à leurs ouvrages, on ne »voit point les mainmortables se fatiguer en procès, ou aspirer à des profes»sions qui les détournent du métier de leurs pères. Ils ne songent qu'à faire »fructifier la terre et *à multiplier le nombre des citoyens*, qui fait en même »temps leur richesse et la force de l'État. Ainsi, *loin de les plaindre, comme »on le fait communément*, il faudrait s'écrier avec le poète : « *O fortuna»tos nimiùm sua si bona norint agricolas.*» (Coutumes de Bourgogne, t. 2, p. 422.)

Ce langage est celui d'un possesseur de mainmortes; mais, il faut le dire, c'était aussi celui de la plupart des jurisconsultes, préoccupés de cette erreur historique que les seigneurs furent les *bienfaiteurs de leurs sujets*, qu'ils travaillèrent constamment *à faire fleurir leur petit pays*, et que c'est à leur libre générosité que les populations *ont dû la liberté*. On a vu l'histoire générale des droits seigneuriaux parler bien autrement; la législation des mainmortes apporte aussi son démenti à ce roman de l'ancien régime. L'art. 59 des libertés delphinales, constituées par le testament de Humbert, en 1349 (n° 308), affranchissait les mainmortes du Dauphiné; mais, au seizième siècle, ces dispositions étaient encore inexécutées. Un édit de 1552 déclare libres de toute servitude les sujets du roi dans la Bresse, la Savoie et le Bugey, mais cette généreuse disposition ne peut pas s'étendre aux terres des seigneurs,

sont que des refuges à lapins (n° 42), donne de l'origine des moulins banaux une explication non moins curieuse.

Selon ce domaniste, tous les moulins banaux ont été construits par les rois pour l'utilité des sujets du royaume : « *Il est* » *sensible*, dit-il, tom. 2, p. 391, que dans les premiers temps » les habitants des lieux *n'avaient aucuns biens en propriété;* » qu'ils appartenaient tous au souverain; l'invention des moulins et des fours, que la nécessité seule a établis pour lors, donna » lieu au souverain de les faire construire, *ce qu'il fit à ses frais,* » *et ce qui lui a coûté considérablement, non-seulement pour* » *la construction, mais encore pour l'entretien...* (p. 393). Nos » rois en ont seuls joui jusqu'à l'usurpation que les hauts seigneurs firent de la propriété des fiefs; par-là ils s'approprièrent » la banalité sur leurs vassaux. »

Quelle impudence dans cette assertion détaillée de la cons-

Des lettres de 1554 ayant eu pour objet l'affranchissement des mainmortes en Bourgogne, le parlement de Dijon en refusa la vérification; en 1569, malgré le vœu royal, la servitude fut maintenue dans la rédaction nouvelle de la coutume. En 1574, Henri III accorda des lettres aux mainmortables du Berry, du Nivernais et d'autres provinces de la généralité du Languedoc; mais, sur l'opposition du comte de Châteauroux et autres seigneurs, ces lettres demeurèrent sans exécution. Enfin il n'est personne qui ne connaisse le célèbre édit de 1779, par lequel Louis XVI se déclare impuissant pour libérer les serfs des seigneurs, et se borne à leur donner un noble exemple en affranchissant tous ceux des domaines de la couronne et supprimant tous les droits auxquels les manumissions donnaient ouverture. Il faut rapprocher le langage du monarque de celui du président Bouhier pour comprendre l'enthousiasme qu'il excita :

« Mettant notre principale gloire à commander une nation libre et généreuse, » nous n'avons pu voir sans peine les restes de servitude qui subsistent dans » plusieurs de nos provinces; nous avons été affecté en considérant qu'un grand » nombre de nos sujets, servilement encore attachés à la glèbe, sont regardés » comme en faisant partie et confondus, pour ainsi dire, avec elle; que, privés » de la liberté de leurs personnes et des prérogatives de la propriété, ils sont » mis eux-mêmes au nombre des possessions.... Justement touché de ces considérations, nous aurions voulu abolir sans distinction ces vestiges d'une » féodalité rigoureuse, *mais nos finances ne nous permettant pas de racheter* » *ce droit des mains des seigneurs*, etc. » (Anc. rép., v° *Mainmorte*.)

truction des moulins par *nos rois, à leurs frais, ce qui leur a coûté considérablement!* Et pourtant c'est sur cette fable que le commissaire du roi fonde immédiatement les droits du domaine à faire payer une redevance annuelle à tous les seigneurs possesseurs de moulins dans les provinces de Flandres, d'Artois et de Hainault, et par tout le royaume, le droit de franc fief à tous les roturiers ayant moulins et colombiers, droits consacrés par les arrêts de 1673 et 1721. La nécessité de l'impôt en était le vrai principe, et peut-être une justification suffisante. Mais, depuis Bacquet jusqu'à Fréminville, les gens du roi ont cru devoir fonder tous les droits domaniaux et toutes les perceptions fiscales sur des théories mensongères dont on doit aujourd'hui se garder soigneusement, quand on recherche la vérité dans les institutions qui nous ont régis.

Les doctrines de ces mêmes domanistes sur la nature et la source du droit de chasse ne sont pas moins utiles à connaître. « De tous les droits royaux, dit Lapoix-Fréminville, tom. 4, » p. 618, qui sont dévolus aux ducs, comtes et hauts seigneurs, » il est constant que le plus noble et le plus éminent est celui » de la haute justice, et *il n'est pas moins certain* que tout ce » qui se trouve sans maître dans le territoire d'une haute jus- » tice appartient de droit au seigneur haut justicier, d'où l'on » pourrait conclure que toutes les bêtes sauvages qui sont et se » réfugient dans son territoire sont à lui et censées lui appar- » tenir.... Ce droit attaché à la haute justice reçoit les mêmes » impressions de supériorité que la justice même... La dépen- » dance où est cette justice à celle du souverain fait sentir que, » n'étant pas absolue, ce qui lui est attaché reçoit les mêmes » inconvénients, c'est-à-dire *que le droit de chasse uni par prin- » cipe à la haute justice, le seigneur n'en est point proprié- » taire incommutable, il n'en a que l'usufruit....* Si vrai qu'il » est libre au souverain d'ôter au seigneur cette justice... Sitôt » que l'on sera persuadé de ces principes, il deviendra aisé de » se convaincre que le *droit de chasse est purement domanial* » et que le haut justicier n'en a que la jouissance, sous les con- » ditions, restrictions, changements et variations qu'il plaît au » souverain apporter à sa liberté et à son usage. »

Ce système, qui suppose au seigneur haut justicier la jouissance exclusive du droit de chasse, comme propriétaire de toutes les bêtes sauvages réfugiées sur son territoire, est démenti par la loi même qui l'attribue principalement et essentiellement au seigneur de fief; mais le domaniste fait abstraction de ce principe pour arriver à justifier la *domanialité* du droit de chasse, que repousse le système qui rattache ce droit à la propriété du sol. Dans cet échafaudage d'assertions, rien n'est vrai, ni le droit exclusif du haut justicier à l'exercice de la chasse, ni le caractère précaire des justices essentiellement patrimoniales. C'est encore un système du dix-huitième siècle que cette nature usufructuaire des justices seigneuriales et cette distinction de Lapoix-Fréminville : « Le fief composé du manoir, héritages ou » domaine et de la directe seigneurie, est un fief *de propriété*, » dont le seigneur est propriétaire incommutable; mais celui de » la justice n'est qu'un fief *d'usufruit*, pour l'exercice et les at» tributs duquel le souverain est le maître d'y faire tels change» ments que bon lui semble, ainsi que de le réunir à son do» maine. » Cette théorie ne se rencontre dans aucun texte législatif; elle est sortie tout entière de l'imagination du domaniste et a pour objet de repousser les raisonnements de Loyseau tirés de l'irrévocabilité des concessions féodales (nos 259 et 315); elle explique, au surplus, clairement pourquoi les agents du fisc attribuent si généreusement les droits du fief aux justices, *ces usufruits que le souverain peut, quand bon lui semble, réunir à son domaine.* Elle rendra manifeste le motif qui leur a fait poser en principe que les petites rivières appartiennent aux seigneurs hauts justiciers, mais elle fera connaître en même temps et le but et la valeur de cette assertion dans leurs écrits.

CHAPITRE X.

DU DROIT DES RIVIÈRES.

§ Ier.

PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

345. Nous avons terminé l'étude des institutions seigneuriales dans leurs éléments généraux ; nous en avons exploré toutes les branches, examiné tous les rapports, suivi toutes les vicissi-

tudes; ce travail a été long et pénible; et pourtant nous ne pouvions faire moins. Pour connaître sûrement le caractère d'un établissement aussi complexe, nous ne devions rien négliger. Le moindre droit, la moindre prérogative pouvait, en se refusant à nos explications, en briser le système.

Nous pouvons actuellement répondre à cette question dont jusqu'à ce jour aucun ouvrage ne contient de solution satisfaisante ou conforme aux véritables données de l'histoire: Qu'est-ce que la justice, qu'est-ce que le fief, et, par suite, quelle était la nature des droits de justice sur les petites rivières, quelle était celle des droits de fief? La réponse est écrite dans tous les documents que nous avons parcourus; il n'est pas un objet de notre examen qui ne la contienne, pas un droit seigneurial qui ne la suppose ou ne l'exprime; le droit abusif, comme le droit normal; l'ensemble comme le détail des pouvoirs et de leurs conditions; en un mot, chaque chapitre, chaque page, chaque observation de ce livre tient le même langage et proclame la même vérité: Le fief et la justice n'ont rien de commun; la justice c'est le pouvoir tombé dans le domaine privé; le fief c'est la propriété servant de base à l'association; de même que la seigneurie féodale est étrangère à l'autorité publique, de même la seigneurie justicière est étrangère à la possession du sol. La conséquence est manifeste, relativement à l'objet particulier de notre examen: le seigneur justicier n'a pas eu et n'a pas pu avoir la propriété des rivières; la nature de ce droit est incompatible avec la nature propre et essentielle de la justice. Les avantages que les biens de cette espèce ont pu lui procurer par suite des applications diverses, originaires ou abusives de son pouvoir, ont nécessairement été d'une autre espèce; ils ont pu gêner, entraver la propriété, en détourner une portion des bénéfices, mais non comprendre le droit lui-même.

C'est donc dans le fief ou dans l'alleu que l'examen des règles particulières aux eaux courantes doit nous montrer la propriété de cette portion du domaine foncier.

Le fief c'est le droit du domaine privé, comme l'alleu, et peu importe, pour démontrer que la possession des petites rivières

n'a jamais rien eu de public, que la coutume la range dans le fief ou dans l'alleu.

Tel est le sens unique et restreint du mot fief dans les coutumes, dans la jurisprudence et dans les titres qu'il nous reste à explorer. Avant d'aborder ce dernier examen, je ne dois laisser aucun doute sur ce point déjà plusieurs fois indiqué, mais qu'il faut ici pleinement justifier.

346. Pour acquérir une idée juste de la signification du mot fief dans les coutumes des seizième et dix-septième siècles, et de la nature vraie des droits du seigneur féodal à cette époque, il faut commencer par écarter certains préjugés historiques généralement répandus.

La plupart des légistes ont rattaché à la possession féodale la puissance publique de l'autorité des seigneurs; c'est une erreur grave; on ne trouve dans l'histoire aucun seigneur puissant et revêtu d'un pouvoir public qui n'ait été investi d'une dignité justicière. Les seuls hommes qui aient exercé sur les populations un droit de commandement ont été ducs, comtes, vicomtes, vidames, avoués, châtelains; c'est à leur droit de justice qu'ils ont dû leur puissance politique, et non à leur condition de vassal ou de seigneur féodal.

Ce qui démontre incontestablement ce fait, c'est que jusque vers le douzième siècle toutes ces dignités n'étaient pas concédées à titre de fief.

Je sais bien que c'est une idée généralement reçue qu'à la fin de la seconde race, les ducs, vicomtes, vidames et autres justiciers tenaient en fiefs leurs justices, et que l'appropriation absolue s'est opérée dans leur main par l'oubli ou la rupture du lien féodal; mais je ne trouve pas dans les écrits contemporains la preuve de cette assertion qui ne s'est d'ailleurs produite que longtemps après. Au contraire, les historiens de cette époque représentent le roi attribuant ou confirmant les fonctions publiques comme chef du gouvernement et sans stipulation ou supposition du contrat d'inféodation.

Ainsi l'on voit dans les mémoires de Richer (1) la mention

(1) Ces mémoires, écrits au dixième siècle, ont été récemment publiés, d'a-

fréquente de terres ou de châteaux concédés en bénéfice, *in beneficio*, mais on ne voit pas que les charges fussent données à ce titre. Souvent les possesseurs les restituaient au roi qui les leur conférait de nouveau, afin qu'ils reconnussent les tenir de lui, mais comme roi, non comme seigneur dominant. Par exemple, un comte d'Aquitaine se présente au roi Raoul, *ac provinciæ* PROCURATIONE *reddità, rex liberaliter reddidit, atque à se* PRINCIPARI *concessit* (1). En 944, Louis IV parcourt l'Aquitaine et confirme les justiciers dans leurs fonctions : *Apud quos de provinciarum curâ pertractum, ut illorum omnia sui juris viderentur, ab eis provincias recepit. Nec distulit earum administrationem eis credere; commisit itaque ac suo dono illos* PRINCIPARI *constituit* (2).

Tels sont les derniers actes et pour ainsi dire les derniers signes de vie de l'autorité royale ; il est évident que, dans ces attributions de fonctions publiques, rien ne fait apparaître la convention féodale. C'est comme rois et non comme seigneurs que les rois agissent ; les ducs et les comtes ne se constituent point en vasselage ; ils reconnaissent l'autorité royale et la personne qui en est investie ; leur pouvoir n'est pas un fief, mais une charge, une administration à laquelle le roi les a nommés et qu'il peut leur retirer.

Quant à la propriété et à la patrimonialité de ces dignités, elles sont réglées par les règles du droit des *honneurs* (n° 72), mais non par celles du droit des fiefs.

C'est transporter à une époque le langage et les idées d'une époque de beaucoup postérieure que de considérer comme fiefs les duchés, comtés et toutes autres dignités justicières du dixième siècle. Alors encore les concessions d'*honores*, de fonctions justicières, ou de profits fiscaux, les nominations de *judices publici* ou *privati*, les investissements du droit de

---

bord par M. Perty, puis par la Société de l'histoire de France, et jettent un jour immense et nouveau sur les institutions politiques à cette époque.

(1) Lib. 1, 64.

(2) Lib. 2, 39.

bannus, en un mot tout ce qui constitue le pouvoir justicier, tout ce qui a produit les justices seigneuriales grandes ou petites, était entièrement étranger à la convention bénéficiaire et le plus souvent même à l'association séniorale. La maxime que toute justice est inféodée ne se rencontre nulle part avant que les écrits des baillis royaux du treizième siècle aient commencé d'en faire une maxime ou plutôt une prétention monarchique. Au contraire, l'origine allodiale de tous les éléments de la justice est manifeste; le principe de la patrimonialité comprenait essentiellement la propriété entière et absolue de ces éléments (1).

En un mot, l'usage de l'inféodation des droits de justice ne remonte pas au delà du onzième siècle, et ne devient commun que dans le douzième, époque où tous les droits, toutes les jouissances, tous les produits et avantages réalisables furent soumis à cette convention qui semble alors avoir remplacé toutes les autres.

347. Dans ces expressions si fréquemment usitées, le droit féodal, les institutions féodales, l'origine des fiefs, on a confondu l'association séniorale avec le fief; j'ai déjà fait observer que la concession féodale n'en était que le moyen (n° 232), mais ce moyen n'était pas essentiel; c'était la volonté des parties qui engendrait le vasselage; or, cette volonté n'avait pas nécessairement pour cause une libéralité des seigneurs.

Les rois de la deuxième race, comme tous les hommes redoutables de cette époque, devaient principalement leur influence à l'entourage qu'ils se créaient par l'association séniorale. Richer parle fréquemment d'actes constitutifs de cette association entre le roi et des hommes déjà puissants. *Filius Rollonis regis* MANIBUS *sese* MILITATURUM *committit*, FIDEMQUE *spondet, ac* SACRAMENTO *firmat* (2). Et ailleurs : *Regi obvenienti* MILITATUM

(1) L'allodialité des justices sous les deux premières races, et même au commencement de la troisième, a été très bien démontrée par Bouquet, *Droit public de la France*, p. 206 et suivantes.

(2) Lib. 1, 53.



occurrunt, EJUSQUE MANIBUS SUAS INSERUNT; MILITIAM *spondent, ac indè* FIDEM *prout rex jubet concedunt* (1). Et plus loin: *Hugo dux per* MANUS *et* SACRAMENTUM REGIS EFFICITUR, *multam aliundè* FIDEM *se servaturum pollicens* (2). Assurément, dans cette promesse de service militaire, il est impossible de ne pas voir la constitution du vasselage avec les formes sacramentelles de l'hommage; cependant il ne paraît pas, dans le récit de Richer, que les nouveaux vassaux du roi aient rien reçu de lui. L'intérêt qu'ils peuvent avoir à s'attacher à sa cause avait suffi pour les y déterminer.

Cet exemple d'un vasselage constitué sans bénéfice, c'est-à-dire sans attribution féodale, est précédé et suivi de beaucoup d'autres dans les chartes des huitième, neuvième et dixième siècles; *Ubi vassallum sine feudo et beneficio nominat, vide capitul., lib.* 3, *cap.* 73; *possunt et alia non pauca ejusdem rei exempla proferri*, dit Bignon dans ses notes sur Marculfe (3). Et, en effet, l'historien de Charlemagne en offre un fort concluant: *Hic habuit unum vassallum non ignobilem civium suorum, cui tamen ille, ne dicam aliquod beneficium, sed ne unum quidem blandum sermonem impendit* (4).

Celui qui suit n'est pas moins décisif: Hugues-le-Grand, après avoir contribué à placer Louis d'Outre-Mer sur le trône, lui fait hommage à son arrivée et même lui sert d'écuyer, portant ses armes et lui tenant l'étrier (5). Cependant, plus tard, écarté du conseil, il se brouille avec le roi et s'empare de la ville de Laon, acte dont il se justifie en ces termes: *Et quia rex à me creatus*, NIHIL MIHI LARGITUS ES, *Laudunum saltem militaturo liberaliter accommodo* (6); constatant par ces paroles l'usage de la concession, mais non sa nécessité absolue.

Sans doute le bénéfice, c'est-à-dire la concession précaire qui

(1) Lib. 1, 64.
(2) Lib. 2, 97.
(3) Baluze, t. 2, p. 900.
(4) *Ibid.*
(5) Richer, lib. 2, n° 4.
(6) Richer, lib. 2, n° 51.

depuis a été nommée fief, a été un moyen fréquent du vasselage, mais il s'en faut qu'il ait été le seul.

La recommandation a peut-être été non moins commune que l'inféodation ; il n'est personne qui ne connaisse le récit de l'hommage du duc Tassilon, rapporté par le continuateur d'Aimoin : *Tassilo, dux Bajoariorum, cum primoribus gentis suæ venit, et more francico in manu regis in vassaticum manibus suis* COMMENDAVIT (1). D'un autre côté, les donations pures et simples, en alleu ou en domaine, se trouvent aussi souvent indiquées comme cause des vassalités. La Normandie, donnée par Charles-le-Simple à Rollon, qui en conséquence se reconnaît l'homme du roi, est concédée *in alode*. Il serait facile de multiplier les exemples d'hommages rendus pour des libéralités *in integritate* ; même au treizième siècle, Henri III promet à saint Louis que « de ce » qu'il donrra à nous et à nos hoirs en fyés et en demaines, nous » et nos hers li ferons hommage (2). » Au quatorzième siècle, l'évêque de Viviers promet au roi Philippe pour lui et ses successeurs : *Jurare debebunt se esse fideles de personis et terris suis nobis et successoribus nostris ; licèt terram suam à nemine tenere, sed eam habere allodialem noscantur* (3).

Ainsi l'hommage, qui supposait toujours le vasselage, ne supposait pas toujours le fief (4) : de même, plus tard, le fief n'a pas toujours engendré l'hommage, et le roturier acquéreur d'un fief, quoique possédant la terre féodalement, n'était pas admis dans

(1) Cité par Bignon, dans Baluze, t. 2, p. 899.

(2) Brussel, p. 333.

(3) Ces deux derniers exemples peuvent être entendus en ce sens que les terres en domaines ou en alleux seront tenues en fief ; cependant cette valeur n'est pas nécessaire ; selon les lois du langage, donner en domaine ce n'est pas donner en fief, et reconnaître qu'une terre est allodiale, ce n'est pas la constituer féodale. Le dernier acte offre une grande analogie avec les accords des habitants de la Guyenne (n° 170). Collect. du Louv., t. 7, p. 7. J'en parlerai plus tard.

(4) Ce point a été démontré par Bignon sur les formules de Marculfe, dans Baluze, t. 2, p. 909 ; par Chantereau-Lefèvre, dans son *Traité des fiefs*, p. 164 ; par Muratori, t. 1, *Antiq. med. ævi*, p. 548, diss. 11, et par Bouquet, *Du droit public de la France*, p. 116 et suiv.

l'association seigneuriale, en d'autres termes, ne faisait pas hommage. Il n'était pas l'homme, le vassal, le fidèle du seigneur, qui n'admettait à ce titre que ceux qui devaient combattre pour lui (1).

348. Ce n'est donc pas au contrat de fief qu'il faut attribuer la puissance, d'ailleurs toute de fait, que les seigneurs puisaient dans le nombre et les devoirs de leurs vassaux.

Il n'est pas vrai non plus que la possession territoriale fût la cause unique de l'influence du seigneur de fief; la terre n'était pas le seul objet du contrat féodal. On a vu, au contraire, qu'à l'époque où cette convention se multiplia, non-seulement la terre, mais principalement les droits de justice, leurs bénéfices divisés, les revenus et fermages, les redevances purement personnelles, des sommes d'argent, des intérêts de sommes prêtées, des moyens d'exactions possibles, et jusqu'à des exemptions, furent donnés en fief, et formèrent le lien du vassal, la cause de ses devoirs, ou plutôt le gage de son service (nº 98).

Peut-être y eut-il plus d'inféodations véritables de justices que de domaines; peut-être les concessions féodales de choses mobilières furent-elles plus nombreuses que celles qui comprenaient des possessions véritablement foncières (2)?

Il n'est donc pas exact de dire que ce fut à la propriété immobilière que s'attachait la prépondérance du seigneur féodal.

Si l'on recherche attentivement les causes de cette prépondé-

(1) Brussel, p. 894.

(2) Les commentateurs des législations lombardes examinaient la question de savoir si des choses mobilières pouvaient être données en fief, et en général la résolvaient négativement; mais cette solution, dont ils s'écartaient à l'égard de l'argent, est contraire aux enseignements beaucoup plus positifs des cartulaires, des polyptiques et des terriers du douzième siècle. C'est, au contraire, l'élément mobilier qui domine; plus des trois quarts des officiers qui composent l'entourage d'un prince ou d'un grand seigneur ont pour fief des profits de cette nature, et souvent fort bizarres : à l'un le vin qui tombe des tonneaux, *habet in feodum vinum quod per totum annum de vasis vinariis stillat*; à l'autre le bain et tout ce qui l'entoure dedans et dehors (voy. à cet égard les exemples donnés par Ducange de l'emploi du mot *feodum*).

rance, en écartant tout ce qui tient à l'exercice de l'autorité justicière, on reconnaîtra qu'elles consistaient uniquement dans la faculté de disposer d'hommes armés. La puissance du seigneur suzerain ou dominant était proportionnée au nombre de ses vassaux, à leurs forces, à leur valeur guerrière, à leur dévouement, en un mot, à l'exécution du contrat qui les liait envers lui. Cette puissance était donc entièrement contractuelle, privée, individuelle; elle n'avait rien de public, ni qui découlât d'un pouvoir politique. Elle était toute matérielle; c'était celle du plus fort, du plus entreprenant et du mieux obéi. Du reste, elle ne pouvait agir et s'exercer que par la guerre; c'était le seul emploi possible du vasselage; tout le droit du seigneur consistait à commander militairement ses vassaux et à les lancer contre ses ennemis.

Aussi, lorsque les guerres privées vinrent à cesser, la puissance féodale s'évanouit; elle périt avec son objet et ses moyens d'exercice. Le vassal, dégagé du service militaire par l'impossibilité où le seigneur se trouva d'en faire emploi, fut libre de toute sujétion. Le droit de commandement et la supériorité disparurent, parce qu'ils n'existaient que dans des conditions interdites. On a déjà vu tous les éléments de supériorité qui tenaient au droit de juger disparaître dans le fief, et le principe de la propriété seul survivre à tout ce qui constituait sous ce rapport l'association séniorale (n° 255).

Le cartulaire de Champagne offre le même tableau : «Tout se donnait en »fief, dit Brussel, p. 42, la gruerie des forêts, le droit d'y chasser, une part »dans les péages, le conduit des marchands, la justice dans le palais du »prince, les places du change, les loges des foires, les étuves publiques, les »fours banaux, et jusqu'aux essaims d'abeilles qui pourraient être trouvés »dans les forêts.» Ce torrent d'inféodations inonda même le sanctuaire : on appelait *fief presbytéral*, *feum presbyterale*, les offrandes, les sépultures, les baptêmes, les relèvements des accouchées, la bénédiction des fiançailles et des noces, la visite des malades, les confessions des malades, les confessions, les vigiles, les trigénaires, les dixièmes (Ducange, *ubi suprà*; voy. aussi Bouquet, *Droit public de la France*, avertissement, p. 12). Toutes ces concessions sont mobilières par leur nature et ne pourraient être tenues pour immeubles que fictivement; et pourtant elles constituent le lien du fief et l'association séniorale.

349. Ces considérations déterminent le véritable sens des mots fief, seigneur de fief, droit féodal dans les coutumes, toutes postérieures à l'extinction de la société séniorale, telle que l'avait constituée son but primitif. Le seigneur de fief, le seigneur dominant, le seigneur suzerain, ce n'est plus l'homme qui, par suite de la convention ou de l'inféodation, était le chef de ses vassaux, ayant droit à leurs services, à leur obéissance, à leur dévouement; toutes ces conditions avaient cessé d'exister. Aucune supériorité personnelle n'avait survécu; le seigneur n'avait plus rien à commander au vassal; celui-ci n'avait plus d'ordres à recevoir. L'association séniorale ne subsistait que dans l'un de ses moyens, savoir, l'inféodation. En cessant d'avoir son but primitif, la concession n'avait pas été résolue; elle avait persisté dans sa nature et non dans ses effets. Elle n'engendrait plus en réalité et utilement l'hommage, le service militaire, ni le droit de juger (n° 248). Mais elle consistait toujours dans un démembrement de la propriété et un partage de ses éléments entre le seigneur et le vassal. Le premier était toujours le possesseur de la directe, le second celui du domaine utile; là se bornaient leurs relations respectives. Leur association ne consistait plus que dans une copropriété et dans une attribution diverse des conditions du domaine; le fief opérait, comme le disaient les feudistes, *un cizaillement de la dominité*, et rien de plus.

Les attributions respectives du seigneur et du vassal n'avaient été soumises à aucun principe général; dès lors elles étaient diverses. Seulement il était absolument nécessaire qu'il y eût une directe et un domaine utile séparés; quant au surplus, les jurisconsultes n'avaient pu se mettre d'accord ni reconnaître quelle était la condition caractéristique du fief (1). Tous les droits réservés au seigneur constituaient la directe, tous ceux qui étaient attribués au vassal formaient le domaine utile : mais quels étaient les éléments essentiels de la directe, quels étaient ceux du domaine utile, là commençait la divergence de la doctrine, parce que là avait commencé la diversité des conventions (n° 219).

(1) Voy. sur ce point la préface d'Hervé, *Théorie des matières féodales*.

Il serait superflu d'entrer dans cette controverse; il nous suffira de constater que tout ce qui appartenait au seigneur, par suite de l'inféodation, faisait partie de la directe; tout ce que le vassal tenait du contrat formait le domaine utile.

J'insiste sur cette observation parce qu'elle est importante et qu'on ne saurait trop s'y arrêter : il faut bien se rappeler que tous les droits appartenant au seigneur féodal, toutes ses prérogatives à l'égard de son vassal, tous les services, toutes les redevances que celui-ci lui devait à raison de son fief, tous les priviléges de suzerain ou de dominant sur la terre inféodée, constituaient la directe. De même qu'aujourd'hui toutes les réserves que fait le bailleur, soit du droit de chasse, soit du droit de séjour, soit du droit de faire garder, soit de celui d'abattre ou de construire des bâtiments, sont du contrat de bail et font partie de la propriété, de même toutes les stipulations au profit du seigneur dominant composaient l'élément du domaine privé qui restait dans ses mains.

350. Quoique réduite à une simple division du droit de propriété, la convention féodale portait des traces nombreuses de son but primitif : ainsi les règles de succession entre les héritiers du vassal, celles du partage, celles du jeu de fief et du démembrement, celles du bail et de l'hommage, étaient des conditions imposées au contrat quand il avait pour objet le service militaire, et qui n'avaient plus qu'une utilité fort restreinte lorsque cet objet eut cessé. Il en était de même des marques de la supériorité du seigneur sur le vassal; le premier s'était réservé certains priviléges, certains signes extérieurs de nature à conserver sans cesse présent le souvenir de son autorité; tels étaient le droit de colombier, celui d'avoir garenne à lapins, girouette à son château, ou autres priviléges n'appartenant qu'au dominant ou au suzerain. D'autres conditions résultaient de ce que le seigneur étant le plus puissant avait fait la loi et imposé au vassal l'obligation de s'abstenir de certaines jouissances, ou de lui procurer certains profits, par exemple, les droits de moulins, d'étangs, etc., lorsqu'ils appartenaient au seigneur féodal sur ses vassaux; enfin certaines prérogatives étaient réservées

dans les jouissances même du domaine inféodé, telles que, dans certains fiefs, le droit de pêche, celui de chasse, celui d'arrosage, celui de disposer des eaux, du bois, des pacages, ou pour lui, ou pour d'autres.

J'ai déjà fait souvent observer la différence qui existait sous plusieurs rapports entre le bénéfice militaire et le bénéfice *sub censu*, en d'autres termes, entre le fief et la censive. Cette différence qui se manifestait dans les relations du seigneur au censitaire était plus grave encore dans les conditions respectives de la directe et du domaine utile. La directe censuelle était infiniment plus puissante et plus étendue que la directe féodale. Elle comprenait une plus forte portion de la dominité : le droit du censitaire était plus faible, plus précaire que celui du feudataire. Ainsi la directe censuelle comprenait le droit de chasser sur la terre accensée ; des arrêts modernes lui avaient même reconnu celui d'avoir les clés des parcs et des enclos, d'y pénétrer à son gré, et d'y chasser à l'exclusion du censitaire. D'un autre côté, le droit de celui-ci était moindre; il n'avait pas toutes les jouissances de sa terre; il ne pouvait ni détruire les bâtiments, ni en élever de nouveaux, ni changer le mode des cultures, ni creuser des étangs; en un mot, le domaine utile n'était dans ses mains guère plus étendu que celui d'un fermier sous le Code civil ; sous certains rapports il l'était moins.

Cependant, cette condition primitive s'était modifiée; la durée de la jouissance avait consolidé le droit du censitaire; l'abus des directes censuelles avait conduit à les combattre; Dumoulin, et après lui la plupart des feudistes, avaient attribué au domaine utile la faculté de disposer presque aussi absolue que dans le fief. Hervé avait été plus loin en cherchant à démontrer que le censitaire était véritablement propriétaire de sa censive et que la directe seigneuriale ne consistait que dans une sorte de servitude (*suprà*, nº 82). Cette opinion se ressentait de son époque et annonçait une révolution prochaine dans la loi du domaine foncier (1); mais on doit se rappeler qu'elle était bien éloignée

(1) Hervé mettait en avant cette doctrine en 1786.

des principes en vue desquels les coutumes s'étaient établies.

Quoi qu'il en soit, la directe censuelle, pas plus que la directe féodale, ne contenait aucun élément étranger à la convention et au domaine ; c'était toujours la propriété privée, partagée dans certaines conditions, variées comme les stipulations, mais rien de plus.

De tout ce qui précède nous devons conclure que toutes les fois que les coutumes placeront l'usage, la jouissance, la propriété des petites rivières dans le fief, peu importe qu'elles les attribuent au seigneur féodal, ou au seigneur censier, ou au vassal, ou au censitaire ; c'est toujours au domaine privé qu'elles les reconnaissent.

351. Si d'un côté, l'attribution au seigneur féodal de la jouissance ou de la propriété des rivières constate ce droit dans le domaine privé, de l'autre il ne faut pas conclure que toute attribution semblable au seigneur justicier ait pour lui caractère de domaine attaché à la puissance publique. Jamais le seigneur justicier n'a possédé propriétairement à titre de justicier ; jamais il n'a eu de domaine attaché à sa justice ; si l'on a bien compris l'histoire des justices seigneuriales et surtout le véritable sens de la maxime Nulle terre sans seigneur, telle que les coutumes l'ont entendue dans leur dernière rédaction, cette assertion est d'une évidente vérité.

L'interversion opérée dans cette règle coutumière a eu pour effet de transformer le seigneur justicier en seigneur féodal de toutes les terres qui n'étaient pas déjà comprises dans un fief : immense confiscation qui explique la lutte et la résistance dont elle a été l'objet. Toutes les possessions redevables d'un cens sont devenues pour leur possesseur simples domaines utiles, et, pour le seigneur justicier, domaines directs ; toute rente, toute redevance, tout devoir personnel, toute perception ou obligation établies par feux, par maison, par manse, par domaine, par arpents, par produits ou mesure de fruits, se sont changés en prix annuel d'un bail à cens ; les impôts d'origine romaine, les coutumes introduites par abus du pouvoir justicier, les tailles, les corvées, l'obligation même du service militaire, cette

dette ancienne et primitive de tous les citoyens, ont été considérés comme des charges féodales, et la terre possédée par le débiteur, comme lacause de tous ces devoirs. L'injustice et la fausseté de ce système se manifestent dès qu'on recherche sérieusement l'histoire des prestations justicières ; mais ces caractères sont frappants à l'égard de certaines redevances dont l'origine nous est parfaitement connue ; l'erreur et l'usurpation y sont, pour ainsi dire, prises sur le fait : j'ai fait connaître quelques actes de renonciation au droit de garenne (n° 41), et les recueils de chartes en contiennent un nombre considérable ; tous ces actes constatent que le droit du seigneur s'étendait sur les *propriétés* des habitants, propriétés auxquelles le seigneur ne prétend rien autre chose que la banalité des garennes. Les renonciations ne sont pas gratuites, elles ont lieu pour une somme payée comptant, ou pour une rente : par exemple, celle du comte d'Angers moyennant « de chacun arpent de vigne, chacun an, 32 deniers, et de chacun arpent de terre ou de pré, 2 sols. » Celle faite au profit des habitants de Joigny « pour la somme de 25 sols que nous avons reçue des habitans pour chascun arpent d'héritage couvert, et 12 sols pour chascun arpent d'héritage découvert, et pour 100 livres tournois. » Évidemment ces sommes n'ont pas pour objet la concession des terres qui sont déjà la propriété des habitants, grevée du droit de garenne ; elles sont le prix de la renonciation à ce droit ; les arpents ne sont indiqués que comme base d'une répartition, et non comme cause de la redevance. Cependant, en vertu de la maxime : Nulle terre sans seigneur, toutes ces redevances, sont devenues des signes de concession ; dans le système de cette maxime, « tous cens ou rentes dus et assis sur fonds et héritages certains emportent droit de *directe seigneurie* ; » c'est ce qu'exprime la coutume d'Auvergne, tit. 3, art. 1er, et c'est le droit commun des coutumes censuelles : le comte d'Angers, les comtes de Vermandois, de Beauvais, et les seigneurs de Joigny, ont donc vu le prix de leur renonciation aux droits de garenne se transformer en rentes féodales, et leur titre de seigneur justicier se changer en celui de seigneur direct de ces mêmes

arpents qui n'étaient que la mesure et non la cause de la redevance consentie par leurs propriétaires (1).

Le résultat de cette innovation dans les droits du justicier n'a donc pas été, comme on pourrait le croire, d'attacher à la justice seigneuriale un élément nouveau dérogeant au principe que la justice n'a rien de commun avec le domaine ; la nature propre de cette institution, son caractère essentiellement distinct et même exclusif du droit de propriété, n'ont été en rien modifiés ; c'est le justicier qui a gagné, non la justice ; ce seigneur a été supposé féodal de toutes les terres qu'un autre ne possédait pas à ce titre ; il a réuni le fief et la justice là où auparavant il n'avait que la justice, et il a possédé à titre de fief le territoire soumis à sa justice.

Les coutumes à cet égard ne s'expriment pas autrement, et soit qu'il s'agisse des terres qui ne reconnaissent pas de maître, comme les vacants et choses communes ou publiques, soit qu'il s'agisse de possessions privées qui ne relèvent pas d'un seigneur féodal, le droit qu'elles confèrent au justicier, c'est la seigneurie soit en domaine, soit en simple directe. Par exemple, la coutume d'Angoumois, déjà citée (n° 178), porte, que le seigneur justicier « est fondé par la coutume de soi dire et porter *seigneur* » *direct* de tous les domaines et héritages étant en son terri- » toire. » La coutume de Péronne, art. 101 : « Le seigneur » justicier est fondé *en droit de seigneurie*, en tout ce qui est » au dedans de son territoire, enclaves et limites d'icelle sei- » gneurie, s'il n'appert du contraire. » Les coutumes qui rejettent la maxime Nulle terre sans seigneur expriment également leur principe dans les mêmes termes : la coutume d'Auvergne, chap. 2, art. 5 : « Le seigneur justicier n'est fondé, à » cause de sa justice, de soi dire *seigneur feudal* des choses » situées en icelle. »

(1) Ce système des coutumes imposé aux croyances des feudistes du dix-huitième siècle explique l'erreur historique à laquelle ils ont été conduits relativement à l'origine des droits seigneuriaux (n° 343) ; on peut même dire que, dans ce système, leur erreur était une nécessité.

Cette considération renverse évidemment le système qui suppose à la justice seigneuriale un fisc, un domaine, des propriétés fiscales et domaniales, inhérents à l'institution même et démembrement du domaine public dont le roi possède le surplus. Ce système est un véritable roman dont l'échafaudage s'écroule en présence de ce fait essentiel que la justice, en tant que justice, n'a jamais rien possédé dans le fonds soumis à son exercice (1). Je démontrerai plus amplement, en parlant des ordonnances, que la supposition d'un domaine public n'a jamais existé qu'à l'égard des biens possédés par la couronne, que ce principe de nos institutions ne s'est jamais étendu au delà, et la vérité de la maxime contraire, qu'en France nul n'a de fisc si ce n'est le roi.

Quant à présent, il nous suffit, pour la saine intelligence des textes que nous allons parcourir, de constater que les possessions territoriales attribuées au seigneur justicier ne l'ont été qu'en lui supposant le titre de seigneur féodal et à ce titre, c'est-à-dire encore comme propriétaire et en vertu d'un domaine direct ou intégral. Cette attribution, ainsi entendue, ne fait pas sortir les eaux courantes du droit de propriété.

---

§ II.

DES DROITS DE PÊCHE.

SOMMAIRE.

352. Banalité des interdictions de pêche.
353. Banalité des rivières. — Droit de justice.
354. Caractère exceptionnel de ce droit.
355. Existence éparse, rare et isolée des banalités.

---

(1) De là cet adage : « La justice en tant que justice n'a pas de directe. » Voy. Guyot, chapitre *Des rivières*.

352. L'interdiction de pêcher dans les rivières *banales* constituait essentiellement un droit de banalité. J'ai suffisamment démontré ce point a l'égard des garennes de chasse (nº 341) ; la prohibition qui frappait les possesseurs dans le droit de chasser sur leurs terres leur enlevait en même temps la faculté de pêcher dans leurs eaux.

Comment contester d'ailleurs le caractère de banalité au droit de rivière *banale?* comment rejeter l'enseignement de Chasseneux : *Hodiè sunt defensa in multis locis fluminum.... isto modo flumina sunt* BANNALIA (nº 33).

Ce caractère reconnu du droit seigneurial conduit à trois conséquences : 1º la condition justicière de la pêche banale ; 2º le caractère exceptionnel de ce droit : 3º son incompatibité avec le droit de propriété.

353. 1º Comme conséquence et en même temps comme signe de banalité, le droit de défendre la pêche, constaté par les coutumes, était primitivement et essentiellement un droit de justice.

Indépendamment des preuves générales de ce fait, que j'ai développées en parlant des banalités de chasses et de moulins (nº 333), le caractère justicier de la banalité de pêche s'appuie de documents particuliers.

Un diplôme déjà cité *suprà*, nº 202, montre les comtes, vicaires, *sive cæteri* JUDICES, troublant les hommes du monastère d'Aniane dans l'exercice de leurs droits de pêche : *Nec ullus vestrûm audeat* IN FLUMINIBUS PISCANTES, *vel* IN ALIIS LOCIS AD MONASTERIUM PERTINENTIBUS, *infestare vel inquietare* (1).

Un arrêt de 1265 énumère expressément le droit de pêcher, *tàm in rebus suis propriis quàm in alienis*, parmi les prérogatives de la haute justice.

(1) Laboulaye, *Du droit de propriété*, p. 508.

Remaneat ipsa domina de Calvo Monte in saisinâ JUSTITIÆ. *Quantùm ad ea quæ pertinent ad exercitium* MAGNÆ ET PARVÆ JUSTITIÆ; *item venandi et* PISCANDI *in dictis locis, tàm in rebus suis propriis quàm* IN ALIENIS, *et explectandi*, *venantes et* PISCATORES... (1).

Enfin la coutume de Bourgogne, art. 372 : « Rivière banale » est celle èn laquelle le seigneur *haut justicier* a droit de dé- » fendre la pêche à ses sujets et autres, à peine d'amende. »

354. 2° La seconde conséquence légale à déduire de la nature, appartenant au droit de rivières banales, est le caractère exceptionnel.

La banalité des rivières, comme toutes les autres, est le résultat d'un excès de pouvoir ; issue d'un établissement irrégulier, elle n'a pu constituer un droit général (n° 265).

Moins favorable encore que la banalite des moulins, la banalité des rivières ne s'appuie d'aucun texte, quelque ancien qu'il soit, qui la suppose générale. Au contraire, les dispositions qui se rapprochent le plus de son origine ont pour objet d'en défendre l'établissement ; depuis Charlemagne, il n'est pas un texte législatif ou coutumier qui ne suppose qu'à côté des rivières banales il en est d'autres qui ne le sont point et auxquelles il est expressément interdit d'appliquer le ban seigneurial.

Jamais les banalités de pêche n'ont été supportées patiemment. C'est contre elles que les populations se soulevaient au dixième siècle ; les paysans normands révoltés réclamaient la liberté de la pêche et de la chasse (2); la charte de Henri II fait droit à

(1) *Olim*, t. 1, p. 221, n° 5.

(2) Ainsi porum aler as bois
Arbres trenchier et prendre à chois,
Es rivers *prendre li poissuns*,
E as forez li venessuns ;
De tut ferum nos volentey,
De bois, de ewes e de prey.
Roman du Rou, vers 6049 et suivants.

cette demande en renonçant à l'avenir à toute nouvelle banalité de rivière. Charte de 1155: 2. *Concessimus et dedimus* OMNIBUS LIBERIS HOMINIBUS NORMANNIÆ *in perpetuum*, *omnes has libertates subscriptas habendas et tenendas in hæredibus suis, de nobis et hæredibus nostris.*

20. *Nulla riparia defendatur de cætero, nisi illæ quæ fuerunt in defenso tempore Henrici regis avi nostri et per eadem loca et eosdem terminos qui esse consueverunt tempore suo* (1).

C'était contre les banalités des rivières que s'élèvent les théories des jurisconsultes des douzième et treizième siècles et leur décision unanime que les seigneurs n'avaient pas le droit d'en interdire la jouissance.

Puis les ordonnances du quatorzième siècle, qui se succèdent sans interruption, faisant de l'art. 20 de la charte normande le droit commun du royaume de France, ordonnances rigoureusement exécutées par les arrêts multipliés des parlements (n° 85).

Enfin, les renonciations du quinzième siècle, devant lesquelles disparurent les banalités de toutes sortes.

Ainsi, les annales des banalités de rivière ne consistent que dans des actes qui les interdisent ou les suppriment. C'est en présence de ces souvenirs et sous l'influence d'idées énergiquement hostiles au maintien de la prérogative seigneuriale que les coutumes ont été rédigées; évidemment, elle n'y pouvait entrer comme un droit commun ; plus odieuse et plus spoliatrice que celle des moulins, elle n'a dû figurer dans les droits consacrés que comme une exception plus rare encore et plus exorbitante. Et, en effet, lorsque, sur trois cents coutumes, il en est trente qui reconnaissent, plus ou moins altérée, la banalité des moulins, il n'en est que huit qui constatent la banalité des cours d'eau (n° 30).

355. Hors des lieux régis par ces huit coutumes, il n'existait point de rivières banales; la loi locale n'en reconnaissait pas.

---

(1) Cette charte fut renouvelée en 1215 et imposée au roi Jean par les grands d'Angleterre ; elle a été confirmée par saint Louis pour la Normandie. Voy. Brussel, t. 2, I.

Au surplus, les règles qui régissent les banalités de fours et de moulins régissent celles des rivières; là où la coutume en exprime l'abolition, elle mentionne à la fois et les garennes et les moulins. « En la châtelenie, dit la coutume de Lille déjà citée, » n'y a nulle franche *garenne*, fours ne moulins bannerets. » Là, au contraire, où la coutume a conservé le droit de garenne, nous retrouvons les conditions imposées par la coutume de Paris. C'est comme servitude et dans la supposition d'un pacte que le droit de pêche est maintenu. C'est la disposition expresse de la coutume de Nevers; art. 1, chap. 16: « On ne peut tenir rivière en » garenne et défense, s'il n'y a titre ou prescription suffisante. »

Loysel a fait de cette disposition une maxime de droit commun, conçue dans les mêmes termes (1). Remarquez que cette règle a pris naissance dans la matière même des garennes justicières; c'est le principe universel des jurisconsultes : *sciente populo, ex pacto populi*. C'est la prescription de saint Louis portant interdiction « de défendre pêcherie d'eau courante sans l'accord » du vavassor (n° 39). » C'est au surplus la stipulation expresse de toutes les chartes octroyées aux populations: *Bannum facere non poterimus super... nisi assensu eorum* (n° 334); c'est la condition générale de toutes les banalités dans le droit commun du royaume.

S'il eût été vrai, comme l'ont supposé quelques feudistes, que toutes les rivières étaient assujéties au droit du seigneur, les coutumes n'auraient pas distinctement qualifié celles dans lesquelles il n'était pas permis aux sujets de se livrer à la pêche. Ce n'est pas la pêche dans les rivières banales qu'elles auraient interdite, mais la pêche dans toutes les rivières.

S'il y a des rivières banales, il y en a donc qui ne le sont pas; s'il en est qui portent garennes, il en est donc qui n'en portent point; s'il est défendu au seigneur d'interdire la pêche à son vavasseur, il existe donc des eaux courantes où la pêche n'est pas encore interdite.

---

(1) Liv. 2, tit. 2, règl. 10.

Ainsi, non-seulement le droit de banalité des eaux courantes n'existait en France que dans huit coutumes, mais encore, dans ces huit coutumes, il formait exception; celui qui le réclamait devait le prouver. « Le titre, dit un commentateur de la coutume » de Bourgogne (1), doit renfermer le consentement exprès des » sujets en haute justice, ou des défenses publiées de toute an- » cienneté et acquiescées par l'exécution, ce qui emporte un con- » sentement tacite et présumé des mêmes sujets en haute jus- » tice. »

Dans l'état actuel des choses, il serait impossible de prouver le caractère banal d'une rivière, même dans le ressort des coutumes exceptionnelles. Il est très remarquable que, parmi les nombreux documents qui constatent les jouissances du droit de pêche et que j'ai pu recueillir, il ne s'en trouve pas un seul qui établisse postérieurement au seizième siècle la possession justicière d'une pêche banale. Les jurisconsultes qui affirment le plus résolument la banalité de toutes les petites rivière n'indiquent que des prétentions ou des procès, mais jamais d'actes justificatifs de ce droit.

L'impossibilité de prouver aujourd'hui la banalité d'un cours d'eau paraîtra d'autant plus grande, que si la cause que j'ai donnée de l'établissement du droit est vraie, aucune rivière n'avait par elle-même la qualité de banale; cette condition ne lui avait été imposée que par justice, suivant le gré et le caractère plus ou moins oppressif de chaque justicier; même, dans chaque district, elle ne devait exister que par garennes, par localités, par deffens particuliers. Les jurisconsultes précités ont encore omis de nous transmettre aucun détail sur ce point; mais nous en trouvons de précieux dans Chasseneux qui nous montre conforme à ce que j'ai dit de son origine la pratique du droit de banalité: AD PRACTICAM DEDUCENDO *videmus quòd multi sunt domini et principes in aliquibus locis habentes jus piscandi*, ALIQUI PER UNAM LEUCAM, ALII PER DUAS, ALII PER TRES *et sic de singulis*,

(1) Cité par Lapoix-Frémiuville, t. 4, p. 482.

in fluminibus hujus patriæ (1). A cette pratique, qui dut être celle de toutes les coutumes, ajoutons qu'en vertu des exceptions naturelles aux terres nobles ou féodales, l'exemption de la banalité justicière était réclamée par les possesseurs de ces domaines dans tous les cours d'eau qui les traversaient. En supposant donc qu'aujourd'hui tous les titres anciens, justificatifs de banalités, fussent retrouvés et produits, ils ne prouveraient que des droits épars, locaux, isolés, et probablement n'embrasseraient nulle part le cours entier d'une rivière ou d'un ruisseau.

356. 3° En règle générale, le droit de pêche appartenait au propriétaire de l'eau morte ou courante ; mais cette règle n'était pas absolue ; les coutumes, et encore plus évidemment les titres, montraient en des mains tierces le droit de pêcher dans les eaux d'autrui.

Ce droit étranger à la propriété appartenait à des individus, à des communautés, au public, enfin à la justice seigneuriale dans les rivières banales ; c'est ce qui résulte des textes et des documents suivants :

Lois municipales d'Arles :

Art. 153. *Quòd nullus extraneus possit vel audeat piscari in aquis Arelatis, sine parabolâ* DOMINORUM QUORUM *sunt aquæ* (2).

Ancienne coutume de Beaune (3) :

Art. 13. La rivière de Bojaise et la poischerie, tant comme elle s'étant jusques outre le Vernoy, la rivière de Aoins qui vient devers Savigney, et la poischerie, de la fontaine à laigues, et le cors de laditte fontaine et la pêcherie, appartiennent à la ville et ès habitans de la ville de Beaune.

(1) Rubric. 13, § 2, n° 22. Cela est conforme à ce qu'il avait dit dans un passage cité : *Sunt defensa in* MULTIS LOCIS *fluminum, undè flumina dicuntur bannalia.* Ainsi une rivière était dite banale lorsque, *dans certaines parties*, la pêche en pouvait être interdite par le justicier. La charte normande dit aussi *per loca et terminos*.

(2) An 1162 ; publiées par M. Giraud, *Histoire du droit français*, t. 2, p. 236.

(3) *Ibid.*, p. 330,

Coutume de Hainault, ch. 133 :

Art. 5. Défendons à tous nos vassaux de pêcher en leurs seigneuries, fors au barnas que l'on dit la Maille-le-Comte, et *à tous autres indifféremment*, à peine d'amende applicable à notre profit, *ou de nos vassaux en leurs seigneuries*.

Art. 12. Ceux qui pêchent au hansin ès rivières ne pourront pêcher ès rivières de cense (1), si ce n'est par le gré *du seigneur à qui est la rivière* et du censier qui la tient.

Coutume de Menetou-sur-Cher :

Art. 21. A toute personne qui a héritage sur rivière de Cher, ayant l'eau droit en droit de ses héritages, jusques au fil de l'eau *lui compète et appartient l'eau*; sinon qu'il y ait titres au contraire.

Art. 22. Que *l'on peut pêcher en icelle à la ligne* à trois poils seulement, sans en pouvoir être reprins.

Art. 23. Que *les garennes et archaux* en ladite rivière de Cher *sont defendus*; et pareillement les fosses, autrement appelées les bouldures de moulins qui sont sous la roue et bâtimens desdits moulins.

Coutume de l'évêché de Metz :

Tit. 14, art. 20. Il n'est permis de pêcher ès étangs en quelque tems et saison que ce soit; *en rivière* en la manière seulement que l'on a accoutumé, à peine de l'amende et intérêt *du haut justicier ou propriétaire* à qui le droit de pêche appartient.

Coutume de Gorze :

Art. 66. *En rivière ou ruisseau d'autrui ne doit pêcher qui n'y a droit* ou usage prescrit au contraire, sans la permission du *seigneur*, *maître* ou *propriétaire* à qui le droit de pêche appartient.

Art. 69. *Droit de pêcher ès rivières d'autrui, ruz ou ruisseau, marque juridiction* pour ceux à qui il compète d'usage, ancienneté, possession ou privilége, si d'ailleurs ils ne sont en pleine et paisible jouissance d'icelle.

---

(1) Rivières affermées moyennant un cens; le pêcheur étranger devait avoir le double consentement du propriétaire et du fermier.

Coutume de Lorraine :

Art. 33. *En rivière d'autrui nul ne peut pêcher* (s'il n'a droit ou usage prescrit au contraire) sans la permission du seigneur à qui appartient le droit de pêche, à peine *de l'amende* à celui, *s'il a juridiction* au lieu où est en usage de la percevoir, sinon au *seigneur justicier* dudit lieu, *dommages et intérêts du seigneur propriétaire* de ladite pêche.

Art. 34. Les habitans des villes et villages, *privilégiés de pêcher en icelle rivières d'autrui*, ne peuvent y pêcher qu'à la ligne sans plomb...

Art. 35. Droit de pêcher en rivières ou ruisseaux *n'arguë juridiction* pour celui à qui il appartient, si d'ailleurs il n'a droit ou est en jouissance d'icelle.

Coutume de Sole, titre 13 :

Art. 1. « Totes las herbes, pain et glandage dens heremps communs, aygeus, *peques* et casses de la terre de Sole, de antique costume son *comuns* et *francs* à *cascun manant* et habitant deudeit pays. »

357. **Résumons ces textes et leurs enseignements.**

Tous, sans exception, démentent hautement le prétendu principe de droit commun que les eaux courantes étaient la propriété des seigneurs justiciers; loin de là, ils attribuent *la propriété*, même de l'eau soumise au droit de pêche, à des maîtres particuliers, à la ville de Beaune, à des vassaux, c'est-à-dire au fief ou domaine utile, « à toute personne ayant héritage, » à autrui, à un maître, à un propriétaire, à un seigneur, mais nulle part au justicier en cette qualité.

Il n'en est pas un qui suppose que le propriétaire soit privé du droit de pêcher dans les eaux qui lui appartiennent; ce qui constate le droit commun exclusif des banalités justicières.

La coutume de Beaune, celle de Hainault, celle de Gorze, celle de Lorraine, expriment formellement le principe que le droit de pêche est exclusif au propriétaire, à moins de titre particulier ou d'usage prescrit.

Celle de Menetou constate le droit commun de pêcher à la ligne dans le Cher, hors des arceaux et garennes; celle de Metz suppose également un droit public de pêcher en rivière, « en la manière accoutumée; » celle de Lorraine limite à l'usage de la ligne la pêche de certains habitants des villes ou villages,

« privilégiés de pêcher en rivière *d'autrui*; » enfin, la coutume de Sole rend la pêche commune à tous les manants, mais sur les terres et eaux communes, ce qui est une confirmation du principe que le droit de pêche suit le droit de propriété.

Les coutumes de Gorze et de Lorraine méritent une attention particulière; suivant la première : « droit de pêcher ès rivière » d'autrui marque juridiction; » suivant la seconde : « droit de » pêcher en rivière ou ruisseau n'arguë juridiction. » Ainsi deux coutumes voisines suivent deux règles absolument contraires en ce qui concerne la présomption du droit de justice résultant du droit de pêcher dans les eaux d'autrui; mais elles contiennent le même principe, savoir, que la juridiction n'emporte pas le domaine; qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas juridiction, les rivières, ruz ou ruisseaux n'en sont pas moins la propriété d'autrui; et la coutume de Gorze l'exprime formellement.

Remarquez la règle de cette coutume : le droit de pêcher dans les eaux d'autrui arguë juridiction s'il compète d'ancienneté, possession ou privilége, condition ordinaire des droits de justice (n° 107). Mais la juridiction n'arguë pas le droit de pêche. Ainsi, dans cette coutume, non-seulement la justice ne comprend pas le droit de pêche, mais encore lorsque ce droit s'y trouve annexé, il n'attribue pas la propriété du cours d'eau. C'est évidemment le droit de toutes les coutumes qui gardent le silence sur l'exercice de la pêche; démontrons que c'était aussi celui des rivières banales.

358. La banalité, droit de justice, n'a rien de commun avec le territoire sur lequel elle s'exerce. La justice n'a pas deux conditions, deux systèmes; son caractère est le même pour toutes ses parties.

Aucune banalité justicière n'a été réelle; l'exercice du *bannus* ne fut jamais qu'une défense qui n'a pu s'adresser qu'aux personnes. Le justicier a défendu à ses hommes de pooste de pêcher dans leurs étangs et rivières, comme il leur a interdit de moudre à leurs moulins, de cuire à leurs fours, de fouler à leurs pressoirs, de chasser dans leurs domaines. Comme conséquence, les sujets ont dû moudre, cuire et fouler aux usines seigneu-

riales; de même le seigneur a pêché seul dans les eaux interdites, et chassé seul sur les terres en garenne.

Mais il ne s'est pas plus approprié les rivières qu'il ne s'était approprié les moulins existant avant la construction des siens; il a pêché par droit de garenne, comme il a chassé par droit de garenne, sur les propriétés d'autrui, par exclusion, mais non par appropriation : « droit de *défendre* la pêche, » dit la coutume de Bourgogne, et rien de plus (n° 553).

Ce droit prohibitif a sans doute altéré la propriété dans l'intégrité de son exercice, mais il ne l'a pas fait changer de mains. C'est toujours : *jus piscandi* IN REBUS ALIENIS, *quod pertinet ad exercitium justitiæ* (n° 353).

Ce qui démontre invinciblement que dans le droit des rivières banales le seigneur justicier n'était pas considéré comme propriétaire, c'est que la plupart des coutumes (1) distinguaient la pêche dans des rivières banales de celle qui avait lieu en rivières non banales; celui qui pêchait sans droit dans celles-ci était puni comme voleur, mais non s'il pêchait dans les premières, parce que les poissons n'étaient pas la propriété du seigneur; il avait défendu de les prendre, mais cette interdiction, *jus negativum*, ne les avait pas rendu siens.

Il est donc certain que, dans les quelques coutumes qui consacraient la banalité de rivières, et dans les quelques localités rares et inconnues de ces coutumes où ce droit s'était conservé, le seigneur d'une rivière banale n'en était ni constitué, ni présumé, ni devenu propriétaire. Il y exerçait un droit de pêche exclusive, mais ce droit de pêche n'emportait pas la propriété de la rivière, et n'avait rien d'incompatible avec l'existence et l'efficacité d'un titre constatant les droits d'un autre à cette propriété.

L'examen des coutumes qui, seules et exceptionnellement au droit commun du royaume, reconnaissaient l'existence de rivières banales, met en même temps dans un grand jour l'erreur de ceux

(1) Nevers, Vitry, Troyes, Chaumont.

qui, sur la foi de quelques feudistes, s'imaginent que toutes les petites rivières appartenaient à la justice, parce qu'originairement toutes les eaux *courantes* étaient du domaine public représenté par le fisc seigneurial. S'il en était ainsi, les rivières seules eussent été frappées de banalité. Mais l'établissement d'une garenne atteignait toutes les eaux comprises dans le territoire interdit, les eaux mortes comme les eaux courantes, les étangs et réservoirs privés comme les rivières publiques. Le registre des *Olim* et les textes sustranscrits constatent l'existence d'une multitude de pêcheries justicières sur des eaux stagnantes et reconnues domaines privés. Les coutumes de Montargis, Troyes et Nevers supposent manifestement qu'il en était ainsi dans leur territoire : « Estangs et rivières portant » garenne sont *défendus*. » Le genre de ce dernier terme est évidemment régi par le mot étangs. « En *eaux* et rivières banales, » si aucun y pêche... » L'expression eaux ne peut être séparée de la qualification banales. La théorie qui rattache la banalité des rivières à leur nature d'eau courante est donc chimérique et démentie non moins par le fait que par la loi.

359. Les coutumes du Maine et d'Anjou semblent assimiler, sous le rapport du droit seigneurial, les étangs, les défaix et les rivières ou ruisseaux du seigneur. Mais il ne s'agit pas ici d'eaux banales : les textes ne leur donnent pas cette qualification.

Anjou, art. 192. « Si le sujet pêche les *étangs ou deffaix de son seigneur*, » il fait amende... » — Maine, art. 210. « Si le sujet pêche les *étangs ou deffais*, » *rivières ou ruisseaux defensables* de son seigneur, il fait son meuble de 60 » sols. »

J'ai fait connaître, en parlant des vacants, la signification générale du mot *défense* (n° 197). Les terres, les eaux défendues étaient celles que la clôture, la culture ou l'appropriation spéciale mettaient hors de la jouissance commune ; c'est en ce sens que Loisel a dit, d'après divers coutumes : « Vignes, jar- » dins et garennes sont *défensables* en tout temps. Bois taillis sont

» *défensables* jusqu'à quatre ans.—Prés sont *défensables* depuis » la mi-mars.... (1). »

Les eaux étaient, comme les terres, soumises à la jouissance commune tant qu'elles n'étaient pas constituées en défense; c'est ce qu'exprime l'art. 169 de la coutume d'Orléans: « Etangs, » fosses et fossés qui ne sont en *frou* et lieux publics sont *défen-* » *dus.* » Les lieux en *frou* sont ceux qui ne sont gardés par aucun signe de jouissance exclusive (2).

La défense ne supposait aucun droit autre que la propriété; la coutume d'Orléans déclare *défendus* tous les étangs particuliers qui ne sont en frou; la coutume de Menetou (n° 356) constate le droit de tous à pêcher dans le Cher, à l'exception des arceaux, fosses et bouldures qui sont *défendus*, et manifestement exclusifs aux propriétaires de l'eau.

Il existait donc relativement à la pêche deux sortes de défenses: la défense banale, qui s'opérait par le ban et n'appartenait qu'au justicier, et la défense privée, qui n'était que l'exercice du droit de propriété (3).

Les défenses des seigneurs de fiefs étaient particulièrement garanties, à l'égard des vassaux, par les règles des conventions féodales; au 13e siècle, le vassal perdait son fief s'il pêchait en

---

(1) Instit., liv. 2, tit. 2, règl. 16, 17 et 18.

(2) Voy. Delaurière sur Ragueau, v° *Frocs.* J'ai vu des titres où le mot *frou* a manifestement cette signification.

(3) La défense privée prenait parfois le nom de garenne, mot dont la signification était la même (n° 32); les banalités étaient des garennes justicières. C'est dans ce sens qu'on trouve souvent dans les coutumes l'expression de terres en garennes. Les rivières en garenne n'étaient donc pas nécessairement des rivières banales. Par exemple, la coutume de Menetou, dans l'article sustranscrit, parle des garennes du Cher et défend d'y pêcher même à la ligne; ces garennes sont évidemment des garennes privées. Cette observation conduit à penser que la coutume de Montargis pourrait bien avoir pour objet les défens de cette nature. Cette opinion est singulièrement confirmée par la qualification de larcin donnée par la coutume à la pêche dans les garennes. Il en résulterait que les coutumes qui reconnaissent l'existence de rivières banales sont réduites à cinq.

les étangs de son seigneur (nº 37). Les textes sustranscrits des coutumes de Maine et d'Anjou ont manifestement pour objet des étangs, défaix, rivières ou ruisseaux de fiefs, munis de la défense féodale et non de la banalité justicière. Le chapitre auquel ils appartiennent est exclusivement consacré aux droits de fiefs, et son titre l'annonce expressément; les hommes soumis à l'amende sont des vassaux, quoique improprement qualifiés sujets.

Loin donc de consacrer le droit de rivière comme droit de justice, ces coutumes en font un droit de fief, c'est-à-dire de propriété; ils supposent les ruisseaux et rivières en domaine utile aux mains des seigneurs, car celui-là seul qui a la jouissance peut rendre un bien défensable. Les coutumes de Maine et d'Anjou nous montrent donc, comme la coutume de Hainault (nº 356), les eaux courantes dans la possession féodale, *in domanio*, et non dans le droit de justice.

Les défenses féodales ne s'établissaient point par proclamation, ban ou interdit, les seigneurs de fief n'ont jamais eu ce droit; mais, comme toutes les défenses privées, par des signes de clôtures (1) ou de jouissance exclusive. Relativement aux eaux courantes, les travaux de défenses consistaient en pieux ou claies établies dans les rivières et renfermant le poisson; tout possesseur d'un cours d'eau pouvait le rendre défensable par l'établissement d'une pêcherie.

C'était une règle de ce genre, et rien de plus, que la coutume de Normandie exprimait, art. 210: « Nul ne peut faire construire » de nouveau pêcherie, si les deux rives de la rivière ne sont » en son fief. » (V. *infrà*, § 3, l'examen particulier de cet article.)

360. Le droit de pêche ne doit pas être confondu avec les règlements de police relatifs à l'exercice de ce droit, le pouvoir de les faire et d'en surveiller l'exécution. J'en parlerai au § 4.

---

(1) Excepté toutefois dans les coutumes où toute terre noble était défensable de droit (nº 198).

On ne doit pas non plus considérer comme droits de pêche certaines redevances ou exactions prélevées sur les pêcheurs; les unes étaient des prix de ferme ou d'accensement; telles étaient les censes dont parle la coutume de Hainaut (nº 356); ces redevances faisaient partie du droit de fief et supposaient la rivière appartenant en domaine au seigneur qui les recevait.

Les autres étaient des droits de justice, anciens impôts, contributions romaines ou *exactiones novæ* des justiciers du moyen âge. *Ex piscaturâ bysantinâ*, dit Hauteserre (1), *imperatoribus accedebat vectigal, non minùs annuis deciès mille aureis, quod avo in annonam Andronicum juniorem assignasse refert Nicephorus Gregoras.* Cet exemple de la dation d'un impôt est remarquable; la perception passa dans les mains des comtes : *A fisco in comites transiit jus piscaturæ regum beneficio vel consuetudine.* Les droits de cette espèce devaient donc se rencontrer, et en effet se rencontrèrent dans les éléments de la justice.

Ces droits portèrent différents noms, notamment ceux de *cenagium*, *descensus*, lief.

Le droit de *cénage* était perçu comme tribut imposé aux pêcheurs. Ragueau, *hoc verbo*, cite un passage extrait du cartulaire de Saint-Aubin d'Angers, portant : *Vulfuinus..., cùm toto quadragesimali tempore censum piscium quem more provinciæ* CENATICUM VOCANT, *per vim fratribus abstulisset.* Et en un autre lieu : *Decimam cenagii mei infra et supra exclusam meam.*

Le *descensus* était perçu sur les ruisseaux à raison de la pêche ; Ducange offre plusieurs exemples de dispositions de ce droit à titre privé.

Au dixième siècle, certaines concessions comprennent à la fois et les pêcheries et les pêcheurs; probablement sous le rapport des droits de justice, comme on en a déjà vu de fréquents exemples (nº 74). Une charte de Louis-le-Débonnaire : *Curtibus*,

(1) *De ducibus*, p. 126.

villis, piscationibus cum piscatoribus suis. Ducange, qui cite cette charte (v° *Piscatores*), en ajoute plusieurs autres : *Et piscatorem nomine Annefridum et fratres ejus, manentes in territorio Reatino, cum uxoribus et filiis eorum, terris ac domibus eorum, et piscationem quam ipsi facere consueverunt cum omnibus rebus suis.* L'exemple suivant, dans lequel l'objet de la concession est plus explicitement déterminé, porte à penser qu'il ne s'agit que d'un cens de pêche : *Videlicet piscatores cum omni censu piscium quod mihi facere debent, qui in villâ manent Colignavicis* (1).

Ces documents, qu'il serait facile de multiplier, montrent suffisamment l'origine d'un assez grand nombre de droits de justice, prélevés à l'occasion de la pêche exercée dans le district, relatés dans des aveux ou des titres particuliers et qui évidemment ne comportaient aucun droit à la propriété des eaux. Dans ces titres et aveux, le droit des seigneurs est souvent interverti et considéré comme féodal, dans un but que j'ai suffisamment fait connaître.

---

(1) Parfois aussi la concession du pêcheur signifie le droit d'avoir un pêcheur dans un lieu désigné : *Concesso eis uno piscatore in aquâ ibi fluente,* ce qui évidemment a le même sens que cette clause d'une autre charte (v° *Piscatio*) : *Concessit quoque quantùm piscator unus piscari possit.*

§ III.

DES ÉTANGS ET MOULINS.

SOMMAIRE.

361. Des étangs et de leur établissement.
362. Des moulins. — Législation des capitulaires.
363. Du droit de construire moulin, sous les coutumes.
364. Effet des banalités sur le droit des rivières.
365. Droit coutumier des étangs.
366. Suite.
367. Examen particulier de la coutume de Normandie.
368. Droit de justice imposé aux possesseurs de moulins et d'étangs.

361. La libre faculté de construire et de posséder un moulin, et celle de faire un étang sur son héritage, sont de même conséquence, relativement au droit des petites rivières. L'une et l'autre, en effet, supposent la disposition et la propriété d'un cours d'eau.

Les étangs, au moyen âge, produisaient d'utiles revenus en fournissant aux besoins des populations le poisson nécessaire à la rigoureuse observance des jours maigres. Je dirai tout à l'heure que les coutumes avaient fait de leur établissement un objet d'utilité publique. Généralement, ces réservoirs se pratiquaient au moyen d'un barrage qui retenait les eaux d'une rivière ou d'un ruisseau. Il n'était pas rare de voir plusieurs étangs successifs sur un même cours d'eau; les coutumes constatent, par leurs dispositions relatives aux étangs inférieurs et supérieurs, que tel était l'usage ordinaire d'un ruisseau coulant au fond d'une vallée; les riverains retenaient successivement les eaux par une chaussée, et se procuraient ainsi à peu de frais la jouissance d'un réservoir plus ou moins étendu.

Il n'est peut-être pas en France de localité, disposée convenablement à cet effet, qui ne porte trace ou souvenir de travaux de ce genre; un grand nombre d'étangs existent encore, occupant plusieurs lieues d'étendue, consistant uniquement en retenues d'eaux courantes et séparées par des chaussées plus ou moins distantes suivant le niveau du terrain. Ces étangs avaient pour la plupart un double usage : outre les bénéfices de la pêche, la chute d'eau opérée par le barrage facilitait l'établissement d'un moulin, non moins utile à l'époque où les moulins à vent étaient inconnus.

L'origine de ces constructions ne remonte pas au delà du moyen âge; c'est, comme je l'ai dit tout à l'heure, l'observance des jours maigres et le grand nombre de monastères où l'usage de la viande était interdit qui, faisant d'un étang un bien véritablement productif, en motivait l'établissement. Depuis la destruction des ordres monastiques et l'inobservation générale des abstinences prescrites, les étangs ont cessé d'être une propriété avantageuse. Presque partout, ils sont abandonnés ou convertis en cultures plus productives. Ils disparaissent de plus en plus du sol, et ceux-là seulement sont conservés qui peuvent convenir à d'autres usages que la pêche.

Il est évident que leur construction n'a pas dû précéder la circonstance qui les rendait profitables, et que, de même qu'on les détruit aujourd'hui en présence de la cessation de cette circonstance, de même on n'a pas dû les construire avant qu'elle eût pris naissance. C'est donc au moyen âge seulement qu'on doit en reporter l'origine, et en effet, les textes de cette époque font à chaque instant mention de *piscariæ* établies sur des cours d'eau, dans les fleuves, ou par des retenues de ruisseaux, surtout par les monastères ou dans leur voisinage.

362. Loin de confirmer l'extravagante assertion de Fréminville, qu'avant l'usurpation des vassaux de la couronne, tous les moulins *construits à grands frais par nos rois* étaient du domaine royal, les documents législatifs présentent dans le droit privé la faculté d'avoir et de faire moulin et d'élever sur les eaux courantes des digues ou des barrages.

An. 630, cap. 83 : 1° *Si quis mulinum aut qualemcumque clausuram in aquâ facere voluerit, sic faciat ut nemini noceat. Si autem nocuerit, rumpatur usquedùm noccat.* 2° *Si ambæ ripæ suæ sunt, licentiam habeat. Si autem una alterius est, aut roget, aut comparet.* 3° *Si quis aliquam clausuram in aquâ fecerit, et ipsa aqua inflaverit, et ibi alicujus pecus negaverit* (noyer)..., *simile restituat* (1).

La loi salique, art. 24 : 1° *Si quis ingenuus* IN MOLINO ALIENO *annonam furaverit, ei cujus est molinus,* 60 *sol. judicetur...* 2° *Si quis ferramentum de* MOLINO ALIENO *furaverit...* 3° *Si quis* SCLUSAM *de* FARINARIO ALIENO... *ruperit* (2).

Le capitulaire *de villis*, art. 18 : *Ut ad farinarias nostras pullos et asinos habeant.*

Un autre capitulaire de 813 mentionne également l'entretien des moulins dans les terres du roi, *vivaria, vennas, molina, stirpes* (3).

Les particuliers possédaient donc alors des moulins construits par eux sur des cours d'eau qui leur appartenaient et dont ils avaient la libre disposition. L'usage de la rivière n'avait de borne que celles de la propriété, savoir, le préjudice d'autrui. Charlemagne en possédait également, mais dans ses métairies, *in terris indominicatis*, et à titre privé. Tel était le droit des deux premières races (4).

363. On verra plus loin les actes de possession confirmer les enseignements des textes législatifs et comprendre les étangs, les eaux courantes et les moulins parmi les éléments du domaine privé. Les coutumes présentent le même état de choses, et nulle part elles ne font de la possession d'un moulin un droit exclusivement royal (5).

---

(1) Baluze, tom. 1, p. 80.
(2) Baluze, 1, 296.
(3) Baluze, 1, 334.
(4) Baluze, 1, 510.
(5) « Il y a, dit Fréminville, tom. 2, p. 394, des provinces où ces droits » se sont *conservés* au roi seul ; telles sont celles de Flandres, d'Artois et de

De droit commun, partout où n'existe pas le droit de banalité, il est permis à chacun de construire sur son héritage et son cours d'eau un moulin ou un étang.

C'est une règle coutumière attestée par d'Argentré :

« Tout homme, soit noble ou roturier, peut en sa terre *noble* (1) faire moulin, pourvu qu'il n'endommage autrui en sa terre, ni ne préjudicie à autre qui en ait auparavant lui, par regorgement d'eau ou autrement (2). »

Berry, tit. 16, art. 2 :

« Chacun peut en son héritage, par lequel passe aucun fleuve ou rivière non navigable ne publique, faire édifier moulin : pourveu que ce ne soit dedans les fins et limites d'aucune terre et seigneurie d'aucun seigneur ayant moulin bannier, et que le lieu soit disposé pour ce faire, à savoir qu'il y ait sault et entryon. »

Béarn, de molins, 1 :

« Tout homi pot far pachera et barra en sa terra, per que laigua no la fassa man probedit no tregua laigua de son cours. »

» Hainault, où les moulins sont *domaniaux et non seigneuriaux*... Ce droit » était dans ces trois provinces un apanage immémorial des *hauteurs*, *préé-* » *minences* et *autorités* appartenant au seul souverain. » (V. *suprà*, n° 344.) Cette assertion est mensongère comme tout le reste; l'Artois reconnaissait l'existence des moulins banaux appartenant « aux seigneurs *justiciers*, *vi-* » *comtiers* ou *fonciers* » par titres on longue jouissance (art. 52), et l'art.56 « un seigneur *féodal* ayant *moulin* banier *en son fief*. » La banalité légale était même constatée comme droit féodal dans de nombreuses contumes locales de cette province : par exemple, par les art. 13 de la coutume de Berneville, 7 de celle de Graverelle, 9 de celle de Neuville, 19 et 20 de celle de Biache, 12 de celle de Peule, 22 de celle de Pernes et 22 de celle de Saulty. Ce qui est vrai de la coutume d'Artois l'est également de celle du Hainault. J'ai transcrit, *suprà*, n° 356, des textes qui constatent le droit de propriété de la pêche et des rivières aux mains des vassaux; le chap 17, art. 130, mentionne également la banalité du moulin. Quant à celle de Flandre, il n'est pas un article qui autorise la supposition de Fréminville.

(1) Voyez, n° 350, pourquoi cette faculté n'existe pas sur une terre roturière.

(2) Titre préliminaire, *Des moulins*.

Montargis, chap. 6, art. 2 :

« Il est loysible à chacun de son auctorité privée faire en son propre héritage estangs, et y asseoir bondes ; pourveu qu'il n'entreprenne sur le chemin, ou sur l'heritage ou droict d'autruy. »

Orléans, chap. 7, art. 168. Même texte.

Tremblevy, chap. 2, art. 9. Même texte.

Nivernais, chap. 16, art. 4.

Berry, tit. 16, art. 3 :

« Chacun peut en son fond faire faire estangs et y mettre bonde, pourvu que ce soit sans prejudice du droit de son seigneur et autruy. »

Chasseneux, coutume de Bourgogne, rubr. 13, § 9, n° 1 :

Ista quæstio de ædificatione molendini, an sit licitum facere in loco altæ justitiæ alteri eo invito... ego semper dici quòd nemini est prohibitum ædificare molendinum in suo, dummodò non ædificet in flumine publico navigabili, itaque impediret navigationem, vel nisi fiat in loco inferiori, itaque quod aqua restagnet ad superuis, vel nisi fiat in altâ justitiâ alieni habentis molendinum bannale ; sed si non habeat bannale, potest unusquisque etiam in altâ justitiâ, dummodò sit sibi utile.

Loyseau, des justices, chap. 12, n° 133 :

« Voilà tous les profits de justice parmi lesquels je n'ai point mis... le droit de moulin pour ce que, quant au moulin à eau, *quiconque a rivière* en peut construire en icelle, prenant jauge du principal juge de police d'icelle rivière. »

Delalande, coutume d'Orléans, art. 256, n°s 7 et 8 :

« Quant aux moulins sur *courant d'eau ou rivière privée*, s'il y a seigneur justicier auquel la rivière appartienne, il n'est pas libre d'y poser moulins sans son congé ; mais *si la rivière est commune à tous ceux qui ont des héritages situés le long d'icelle*, chacun a la faculté d'y tenir un moulin. »

Nouveau Denizart, v° *Moulin* :

« Quand il n'y a point de moulin banal dans une paroisse, le seigneur ne peut empêcher ses vassaux d'en faire construire de non banaux, pourvu qu'ils ne nuisent pas au cours d'eau qui faisait tourner ceux du seigneur. C'est l'avis de Duplessis et de Delaurière, sur l'art. 72 de la coutume de Paris. Ce dernier appuie son opinion sur l'autorité de Heringerius, *De molendinis.* »

364. Tel est le principe général des coutumes; il en résulte évidemment que la libre disposition, et par suite la propriété des cours d'eau traversant les héritages, appartiennent, de droit commun aux propriétaires de ces héritages.

Les restrictions, priviléges et conditions imposés par certaines coutumes au libre établissement des moulins et des étangs, loin de nuire à ce principe, ne font que le confirmer et en attester l'existence dans les coutumes mêmes qui semblent le rejeter, ou qui ne l'expriment pas formellement.

La restriction la plus large et la plus absolue du droit de construire moulin résultait des banalités; là où le seigneur avait droit de moulin banal, nul autre n'en pouvait construire.

Évidemment l'interdiction de bâtir un moulin n'emportait pas la privation du droit de propriété des rivières ; la prohibition s'étendait aux moulins à vent et même aux moulins à bras (1); nul n'a prétendu que l'estagier fût par cela dépouillé de la propriété de ses bras, ni de celle de la butte propre au moulin à vent.

Au contraire, l'interdiction expresse de bâtir un moulin, dans les coutumes banales, démontre qu'il existait, aux mains des possesseurs autres que le justicier, des cours d'eau sur lesquels ils auraient eu le droit d'en construire sans la défense du législateur, défense qui n'avait de cause que le privilége du seigneur.

Il ne faut pas croire, au surplus, que le droit seigneurial et exclusif de construire un moulin comportât celui d'occuper un cours d'eau quelconque. J'ai déjà fait observer (n° 340) que les coutumes

(1) Arrêts de 1629, 1687 et 1735. Voy. Brodeau sur l'art. 71 de la coutume de Paris et les commentateurs de la coutume de Bretagne, art. 375.

conservatrices de la banalité justicière, loin d'attribuer cette faculté au possesseur de la justice, avaient formellement exprimé le principe contraire. Cette observation doit être pleinement justifiée.

Poitou, art. 34 :

« Si celui qui a basse jurisdiction a en icelle hommes roturiers, et il a moulins moulant *à son domaine* dedans la banlieue, il peut contraiudre lesdits hommes... »

Saintonge, tit. 4, art. 7 :

« Seigneur qui a basse jurisdiction et en icelle hommes roturiers couchans et levans, et moulin moulant *de son domaine...* »

Tours :

Art. 4. « Le bas justicier *qui a un ou plusieurs fiefs* est fondé d'avoir moulin banquier à eau *en l'un de ses fiefs...*, et contraindre à venir moudre à icelui moulin *tous ses sujets estagiers coutumiers* de sesdits fiefs. »

Lodunois, chap. 1, art. 3. Même texte.

Grand Perche, anc. cout., chapitre du bas justicier :

Art. 5. « Audit pays y a plusieurs *seigneurs de fief* qui ont droit de basse justice. »

Art. 9. « Lesdits bas justiciers peuvent avoir moulin à bled *en leur fief*, et contraindre leurs subjets. »

Angoumois :

Art. 29. « Celui qui *a fief tenu noblement*, avec jurisdiction exercée, peut entretenir ou de nouvel ériger... moulin bannier... et contraindre les hommes couchans et levans en ladite jurisdiction... et au regard du seigneur féodal qui n'a exercice de jurisdiction, ne peut avoir moulin bannier si son aveu ne le porte... »

Tous ces textes n'ont évidemment qu'un même vœu, celui d'exiger deux conditions pour l'exercice de la banalité : 1° le droit de justice ; 2° un *fief* ou *domaine* contenant un cours d'eau,

Souchet, sur la coutume d'Angoumois, relève ces deux conditions comme indispensables :

« La loi, dit-il, n° 3, veut refuser le droit de banalité à celui » qui a fief sans juridiction, comme à celui qui a juridiction sans » fief. » Et plus loin, n° 178 : « Il est nécessaire que le seigneur » qui veut établir un moulin banal *soit propriétaire d'un vo- » lume d'eau assez considérable* en tout temps pour entretenir » son moulin *sans préjudicier au droit d'autrui.* »

Les coutumes de Maine et d'Anjou semblent, au premier abord, ne pas contenir ces conditions.

Maine :

Art. 14. « Outre peut avoir ledit bas justicier moulin à bled *au dedans ou au dehors de sondit fief*, et peut contraindre ses sujets estagiers coutumiers... »

Anjou, art. 14. Même texte.

Mais Dupineau ne laisse pas douleux l'esprit de ces articles :

« Le sens de cette décision, dit-il, est que quiconque dans no- » tre coutume a droit de moulin banal peut faire bâtir moulin » dans l'enclave du fief d'autrui, *pourvu que ce soit sur son pro- » pre fonds.* »

Ainsi, là même où la puissance justicière s'est maintenue assez influente pour se conserver le droit exorbitant et odieux des banalités, les coutumes ont rigoureusement mis pour condition à l'exercice de ce droit la possession domaniale ou féodale d'un cours d'eau propre à l'usage du moulin. Cette condition formelle est manifestement un obstacle prévoyant à la prétention, que le seigneur ne pouvait manquer d'élever plus tard, d'attacher à la banalité du moulin la banalité de la rivière ou tout autre droit sur les cours d'eaux de sa justice. Les coutumes ont virtuellement écrit : « La banalité des moulins n'entraîne ni la propriété, » ni la banalité des rivières ; pour construire un moulin banal, le » seigneur devra d'abord posséder à titre de propriétaire une » chute d'eau convenable et perpétuelle ; mais il ne pourra pas » l'établir sur les ruisseaux de ses sujets, roturiers, estagiers,

» coutumiers ou autres, situés hors de son domaine ou de son » fief, quoique dans le territoire soumis à sa justice. »

365. Ce que les coutumes conservatrices de la banalité ont attentivement exprimé, celles qui reconnaissaient au profit du justicier un privilége quelconque autre que la banalité, soit relativement aux moulins, soit relativement aux étangs, l'ont aussi soigneusement constaté, savoir la condition que l'étang ou le moulin fussent construits sur le fonds ou le domaine du seigneur, repoussant ainsi la prétention d'exercer la prérogative sur tout le territoire de la justice.

Coutume de Saint-Mihiel, tit. 2, art. 29 :

« Le seigneur haut justicier, moyen ou bas, peut faire moulins *à eaue* et à vent *en sa seigneurie, sur fonds et eau à lui appartenant.* »

Troyes, tit. 10, art. 180:

« Si aucun justicier veut édifier de nouvel un étang à poisson en sa justice, faire le peut, *pourveu que la chaussée soit en son fonds et justice,* et peut dilater son eau sur les heritages voisins *assis en sadite justice,* en récompensant préallablement de fait, et avant qu'innonder ceux à qui appartiennent lesdits heritages, d'autre heritage equipollent. »

Chaumont, art. III. Même texte.

Tours, tit. 1, art. 33 :

« Le seigneur *qui a fief*, et n'eust-il que basse justice, peut construire et faire estang, et *quand la chaussée est en son sens et fief, il peut faire retenues d'eaux.* En ce faisant pourra submerger les domaines de ses subjets *estans en son fief*, en les récompensant préallablement, sinon qu'il y eust maison ou fief au dedans desdits dommages. »

Ces divers articles n'ont pour objet que de consacrer un privilége en faveur du seigneur, soit de construire moulin, soit d'édifier un étang. « Ce qui est, dit Coquille, en faveur de l'utilité pu» blique, parce que plus du tiers de l'an est de jours maigres, » qu'on ne mange point de chair, et sur 365 jours il y a 146 » jours maigres (1). »

(1) Coutume de Nivernais, chap. 16, art. 5. Ce motif est reproduit par tous les commentateurs des coutumes sustranscrites.

Ce qui justifie que la disposition dérive en effet d'un principe d'utilité publique, et non d'un droit inhérent à la justice, c'est que les coutumes du Maine, art. 34, et d'Anjou, art. 29, attribuent le privilége au seigneur de fief :

« Le seigneur *de fief* peut faire étang *en son fief et nuesse*, pourvu que la chaussée en soit nouée par les deux bouts *en son domaine* ; et si ledit seigneur de fief noye les prés... »

La coutume de la Marche va plus loin encore, et ce que les précédentes ont constitué en privilége, elle en fait un droit commun :

Art. 310. « *Si ocun a place* vère soy pour faire *chaussée* et *asseoir bonde*, il peut après sa chaussée levée contraindre ses voisins à prendre récompense des terres et héritages que l'eaue peut inonder en les récompensant ; et pareillement *s'il a place a faire moulin*, pourra allonger son escluse après que le moulin sera fait, pourveu que lesdites terres sujettes à ladite inondation, ou prochaines du lieu où on a fait le moulin, ne soient du domaine, et appartiennent au seigneur direct ou justicier : car, en ce cas, ledit seigneur ne sera contraint les vendre, ne les laisser par recompense. »

Ainsi le privilége de construire moulin ou d'édifier étang n'est restreint par les autres coutumes au justicier ou au féodal que parce qu'ainsi limité, il suffit aux besoins publics ; telle est l'unique cause de l'exception.

L'on ne doit pas non plus se méprendre sur son objet, qui n'est pas de construire moulin ou étang, ce droit est général et appartient à tous les possesseurs d'eaux courantes, mais d'étendre ses eaux sur les terres voisines, moyennant indemnité. La coutume de Nevers rend cette distinction manifeste :

Chap. 16, art. 4. « *Le haut justicier* peut édifier de nouvel un estang en sa justice et *dilater son eaue sur les héritages assis* en sadite justice, pourveu que la chaussée *soit en son fonds* et en sadite justice. Et en récompensant préallablement... *Il est loisible à un chascun* faire estang en son héritage et y asseoir bonde ou pilon, pourveu qu'il n'entreprenne sur le chemin et sur le droit d'autrui. »

Le principe général de la faculté pour *un chacun* de construire

étang sur son héritage, se maintient donc en présence du privilége acquis au seigneur de dilater son eau sur les terres riveraines. Mais si les dispositions coutumières n'enlèvent rien au droit commun, sous ce rapport, comme celles qui concernent les moulins banaux, elles démentent expressément le prétendu droit des seigneurs à la propriété universelle des eaux courantes. Pour édifier l'étang privilégié, comme pour construire le moulin banal, le seigneur doit nécessairement posséder un cours d'eau sur son *fonds;* l'eau doit en provenir et faire partie de sa terre, elle ne peut que *se dilater* sur les champs voisins; mais la loi ne lui accorde nulle part, et dès lors elle lui refuse le droit d'aller la chercher sur les terres de sa justice, non de son fief. Les coutumes du Maine et d'Anjou, attributives du privilége au seigneur féodal, exigent même que la chaussée soit dans son *domaine*, il ne pourrait pas s'emparer des eaux de son vassal. En un mot, la condition des seigneurs relativement aux eaux courantes, dans les coutumes de privilége, n'est pas autre que celle *d'un chacun* dans la coutume de la Marche; pas plus que ce dernier ils n'ont de droit aux eaux qui coulent hors de leur terre, et les textes expriment évidemment cette exclusion.

366. Quelques coutumes contiennent d'autres dispositions restrictives au profit du seigneur; telles sont les suivantes:

Metz, tit. 2, art. 20 :

« Nul ne peut (en la seigneurie d'autrui) faire étang sur son héritage. »

Ferté-Ymbault, ch. 5, art. 9 :

« Nul ne peut asseoir bonde d'estang sans le congé du seigneur. »

Menetou, ch. 5, art. 14 :

« On ne peut lever bonde d'estang en son heritage ou autre part, ne faire saut de moulin, sans le congé du seigneur. »

Ces coutumes sont exceptionnelles comme celles qui consacrent les banalités et le privilége d'étang. Lors de la rédaction

des coutumes locales de Bauche, Malzyières et Saint-Cyran, en 1507, les seigneurs prétendirent faire consacrer à leur profit, soit le privilége d'étendre les eaux de leurs étangs sur les terres riveraines, soit l'interdiction aux sujets de leurs justices ou aux possesseurs de leurs fiefs de lever bonde ou faire saut de moulin sans leur congé. Ces prétentions furent rejetées sur la demande du tiers état, par le motif qu'elles constituaient « plutôt des droits » seigneuriaux que des coutumes; » il fut réservé aux réclamants de faire preuve de leurs droits; mais le procès-verbal des coutumes nouvelles, rédigées en 1559, confirma le rejet des mêmes prétentions et en ordonna la radiation définitive, « faute » d'avoir par lesdits seigneurs, depuis le temps, fait apparoir des » droits par eux prétendus (1). » Il est donc évident que, de droit commun, le possesseur d'un cours d'eau pouvait faire étang sur son héritage, même en la seigneurie d'autrui, sans le congé du seigneur.

Au surplus, ces restrictions exceptionnelles doivent être sainement comprises. Le seigneur dont l'assentiment est nécessaire est le seigneur féodal, propriétaire de la directe et par conséquent, aux yeux des rédacteurs des coutumes, véritable propriétaire du sol (n° 349). C'est ce qu'explique Dubost, dans sa *Jurisprudence du conseil des francs-fiefs*, t. 2, p. 431:

« Il suit que le droit de bâtir moulin sur ces petites rivières » est un droit de *propriété domaniale*, c'est-à-dire *de seigneurie* » *féodale*, et par conséquent que personne ne peut avoir ce droit » sans la permission du seigneur. »

Dans les conventions féodales, le seigneur rattachait fréquemment à sa directe certains droits qui sans la stipulation expresse eussent naturellement fait partie du domaine utile. Tels étaient le droit d'avoir seul un moulin, un colombier, un étang; celui de les établir sur le fonds même concédé, d'y fouiller pour en tirer des minerais, pierres ou plâtres; de détourner au profit de son domaine les eaux traversant son fief, etc. Ces dispositions conventionnelles étaient aussi variées que le caprice, l'usage ou l'in-

(1) Richebourg, t. 4, p. 708.

térêt primitif des contractants (1). Ainsi que l'avait justement fait observer le procès-verbal des coutumes de Maizyères, c'était plutôt des droits seigneuriaux particuliers que des coutumes, et les titres seuls devaient les régler. Cependant sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, on n'avait pas toujours distingué, et des conventions particulières avaient été consacrées par les dispositions générales.

Quoi qu'il en soit, en réservant au seigneur féodal le droit d'avoir étang ou moulin, ou en imposant au vassal l'obligation d'avoir le congé de son seigneur, le contrat ni la coutume qui le sanctionnait ne transportaient hors de la propriété l'usage de l'eau courante, qui restait toujours, quoique attachée à la directe, un élément du domaine privé.

367. C'est également au droit féodal que se rapporte l'art. 210 de la coutume de Normandie:

« Nul ne peut faire de nouveau construire pêcherie ou moulin si les deux rives de la rivière ne sont assises en son fief. »

Dans ce texte, le mot *fief* signifie héritage, ou possession privée, et n'exprime aucun rapport de supériorité seigneuriale. « Nous » appelons possession mouvable, dit le chap. 87 de l'ancienne » coutume de Normandie, tout ce qui ne peut être remué de lieu » en autre; si comme champ, pré et *tous fonds de terre qui est* » *communément appelé* FIEF. » C'est aussi ce que fait remarquer Ragueau, v° *Fief noble*: « Anciennement, en quelques pro» vinces de France et surtout en Normandie, le mot *fief* signifiait

(1) En Angleterre, suivant Craggius, lib. 2, dieges. 8, les moulins n'étaient pas, de droit, compris dans la concession féodale : *Molendina sub dispositione non cadunt, nisi exprimantur...sane cur molendina cùm solo inhærent sub dispositione fundi non veniant, ratio probabilis vix reddi potest, nisi consuetudo quæ super invaluit.* Mais il n'en était pas ainsi dans le droit commun de la France; la plupart des coutumes comprenant, au contraire, dans l'estimation des terres soumises au relief, et par conséquent dans la succession du vassal, les étangs et moulins; Paris, Orléans, Tours, Lodunois Anjou, etc.

» un héritage ou un immeuble qu'on possède pour soi et pour » ses héritiers, comme il signifie encore en Angleterre. » L'article sustranscrit n'exprime donc qu'une règle de droit commun, savoir, que, pour disposer exclusivement d'un cours d'eau, il faut être propriétaire des deux rives; c'est, comme on le voit, la reproduction textuelle du capitulaire sustranscrit (n° 362): *Si ambæ ripæ suæ sunt, licentiam habeat*, et rien de plus. Loin d'être restrictif, l'art. 210, constate donc, au contraire, que tout propriétaire d'un fief, c'est-à-dire d'un héritage, est propriétaire de la rivière qui traverse cet héritage et qu'il en a la libre disposition, sauf toutefois le droit des propriétaires inférieurs, ainsi que je le ferai connaître en parlant des servitudes.

Si, au surplus, l'on voulait entendre le mot fief de la directe (1), comme on le trouve assez souvent employé, l'article n'aurait rien d'exclusif de la propriété de la rivière; seulement la jouissance, relativement à la construction du moulin, appartiendrait au domaine direct et non au domaine utile, mais ne sortirait pas pour cela du domaine privé. Le droit de construire le moulin est une conséquence de la propriété de la rivière. « Bien » que la coutume, dit Basnage, permette au seigneur de bâtir » un moulin lorsque les deux rives de l'eau sont assises en son » fief, il ne peut néanmoins être empêché *lorsque la rivière en-* » *tière appartient à un autre seigneur*, et qu'il le prouve par » des titres valables et authentiques. » C'est donc comme propriétaire, et uniquement à ce titre, que le seigneur suzerain ou dominant exerce son droit, à l'exclusion de son vassal, si toutefois l'article doit être entendu du seigneur et non du vassal.

Quant aux possessions qui ne sont pas fief, c'est-à-dire aux tenues précaires, telles que bordages et censives roturières, le détenteur ne peut rien y construire sans l'aveu du propriétaire, non à cause du titre seigneurial de celui-ci, mais à raison de son droit de propriété (n°350).

De même, sous les coutumes qui admettaient la maxime Nulle

---

(1) Voy. dans ce sens Basnage, qui explique le mot fief comme significatif de mouvance; voy. aussi le § suivant, n° 370.

terre sans seigneur, le possesseur d'une censive ou terre roturière ne put rien y bâtir ou changer, ni par conséquent y construire moulin ou étang. Il fallait que la terre fût noble, ainsi que l'exprime la règle coutumière transcrite *suprà*, n° 363, c'est-à-dire tenue féodalement. Toute terre roturière n'était qu'une tenue précaire et attributive d'une jouissance limitée. Le véritable propriétaire n'était pas le censitaire; en conséquence, il n'était pas propriétaire des eaux qui traversaient sa possession.

368. Les étangs et moulins formaient, en outre, l'objet de dispositions relatives à la police et aux servitudes; il en sera parlé dans les paragraphes suivants.

Cette espèce de biens était aussi assujétie à certains droits de justice particuliers, dont les anciens documents font mention et qui probablement avaient disparu ou s'étaient transformés en redevances féodales avant la rédaction des coutumes, car celles-ci n'en parlent point; du moins je n'en ai pas rencontré.

Il serait surprenant que les étangs eussent échappé à l'exaction justicière qui frappait les pêcheries (n° 352). Quant aux moulins, on peut remarquer que le capitulaire *De villis* relate (art. 62) des produits de moulins, qu'il énumère au milieu d'objets appartenant évidemment à la justice. Le polyptique d'Irminon confirme en certains points cette observation, et l'arrêt suivant, tiré des *Olim*, t. 1, p. 392, n° 17, ne laisse pas de doute à cet égard : *Pronuntiatum est quòd comes habet in dictis molendinis sex denarios annui censûs et quòd est in saisinâ justitiæ in dictis molendinis.* Mais la justice d'un moulin n'en est pas la propriété : « Il appartient au voyer (de Paris) la justice » des molins de Mibray et de cinq molins qui sont à petit pont; » et *est la justice telle* que de ceux qui sont couchans et levans » au port de Mibray et à cinq molins susdits, *il en a la con-* » *naissance*... (1). »

(1) Registre de Jean Sarrazin, an 1270, art. 10. Brussel, p. 743.

§ IV.

DE LA POLICE. — DES SERVITUDES. — DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

SOMMAIRE.

369. De la police seigneuriale sur les eaux courantes.
370. Des servitudes. — De l'irrigation.
371. Suite.
372. Des îles, îlots et attérissements.
373. Nature des droits des seigneurs sur les îles.
374. Suite.
375. Résumé des coutumes.

369. Les jurisconsultes considéraient les eaux courantes sous trois rapports : *In fluminibus præcipuè consideranda sunt jurisdictio, usus, proprietas* (1). Ces rapports feront l'objet du présent paragraphe.

La connaissance et la répression des délits commis sur les eaux courantes appartenaient essentiellement aux seigneurs justiciers ; les eaux comme les terres faisaient partie du territoire soumis à leur droit de police, *jurisdictio.*

La justice seigneuriale comprenait les eaux communes et les eaux privées, les eaux courantes et les eaux mortes ; elle embrassait tous les objets de la police, tels que la conservation du pois-

(1) Gobius, quest. 21, n° 1 ; Heringius, quest. 15, n° 16 ; voy. Dubreuil, *Législation sur les eaux*, tom. 1, p. 15.

son, le libre écoulement des eaux, le maintien de leur salubrité.

Les coutumes contenaient un certain nombre de dispositions concernant la police des eaux courantes; telles sont, par exemple, les suivantes :

Blois :

Art 237. « On ne peut empêcher, ès rivières courant perpétuellement, que les moulins ne meullent, ou qu'ils n'ayent une allée ouverte pour donner cours à l'eau... »

Art. 238. « On ne pourra lever les vies et fuz, gravier du moulin, sans appeler justice et prendre échantillon, pour le remettre au lieu où il était auparavant. »

Amiens :

Art. 243. « On ne peut rouir lins, chanvres ou autres choses ès rivières ou marests *publics* du haut ou moyen justicier, n'autrement empêcher lesdits marests ou cours de rivières, sans le congé dudit seigneur. »

Normandie :

Art. 209. « Roteur (1) ne peuvent être faits en eaue courante, et si aucun veut détourner eaue pour en faire, il doit vuider l'eaue dudit roteur, en sorte que l'eaue d'icelui roteur ne puisse retourner au cours de la rivière.»

Nevers :

Chap. 53. « Que, pour les eaux et rivières de ladite seigneurie garder, certaine personne soit établie... et que chacun étant par icelui rapporté d'y avoir pêché, il soit à l'amende... sauf à celui qui y aurait droit de pêcher, et qu'il en soit à son droit et usage. »

Hainault :

Ch. 134, art. 5. « Deffendons à tous nos vassaux de ne pescher ny faire pescher en leurs seigneuries fors au harnas, que l'on dit la maille-le-comte. »

(1) Faire roteur, c'est mettre du lin ou du chanvre à rouir; cette opération corrompt l'eau.

Amiens:

Art. 215. « Nul ne doit pescher à filets, trez et ligne à plomb, ou autres engins défendus, ès eaues des seigneurs ayant justice et droit de pescheries en icelles, à peine de 60 sols d'amende envers le seigneur à qui appartient l'eaue, pour chacune fois. »

Évidemment, le droit de police n'entraînait pas la propriété des rivières sur lesquelles il s'exerçait; néanmoins, à l'égard des choses publiques ou communes, quelques coutumes reconnurent aux justiciers le même droit que sur les vacants. A l'égard des eaux privées, la police n'attribuait aucun droit particulier : les interdictions coutumières s'adressaient au seigneur justicier, aussi bien qu'au propriétaire et à tout autre. « Un arrêt du » 4 avril 1532, dit Flaust, sur l'art. 209 de la coutume de Nor- » mandie, sustranscrit, fit défense à Etienne Vissant et autres de » faire roteurs sur la rivière, nonobstant qu'ils *prétendissent la* » *rivière à eux*. Le seigneur même n'a pas plus de droit qu'un » autre en cette partie. »

Les coutumes contiennent en toute matière des règlements de police émanés des seigneurs justiciers et qui prononcent des amendes que ceux-ci perçoivent à leur profit. Telles sont les dispositions que présentent presque toutes les coutumes à l'égard des dommages occasionnés par l'introduction de bestiaux sur les terres ensemencées, prés, vignes ou autres possessions defensables. La justice touche une amende, laquelle est indépendante des réparations dues au propriétaire. L'amende n'était exigible qu'autant qu'il existait une défense justicière ou un ban, venant ajouter au droit privé la sanction de l'autorité publique (1). La coutume d'Aix, tit. 11, offre un exemple remarquable et sensible de cette condition du droit coutumier :

(1) La protection du ban justicier s'étendait parfois sur une personne et sur ses possessions en particulier. An 1028 : *Posuerunt bannum super caput ipsius abbatis, ut si aliquis homo de ipsis rebus monasterii aliquid injustè tollere vel contendere præsumit, componat libras centum.* Ducange, v° *Bannum*.

Art. 8. « Si ès héritages clos, soit en temps de fruits ou non fruits, et ès héritages non clos, au temps où il y a fruit, le bétail du voisin y est trouvé, le seigueur du bétail paye le dommage au seigneur de l'héritage et ne paye aucune amende. »

Art. 9. « Si ce n'est que le *ban* du seigneur y eust été apposé auparavant, auquel cas il paye pour l'amende, audit seigneur, dix sols (1). »

On n'a donc rien à conclure, relativement à la propriété des rivières, des dispositions qui concernent la police des eaux, lors même que ces règlements émanaient des seigneurs et prononçaient des amendes à leur profit.

370. Les servitudes sont un objet de police; elles ont pour objet de régler le mode suivant lequel chacun doit jouir de sa propriété, afin de ne pas nuire à celle d'autrui. On a vu, dans le paragraphe précédent, certaines dispositions réserver le droit d'autrui, en reconnaissant la libre faculté de faire des moulins, des pêcheries et des étangs. Cette matière appartient à la considération de l'usage, *usûs;* ce n'est pas encore le droit de propriété qu'elle détermine. Les coutumes suivantes sont de cet ordre :

Normandie :

Art. 207. « Ceux qui ont nouveaux estangs, fossez ou escluses, ne peuvent detenir les eaues des fleuves et rivières, qu'ils ne courent continuellement pour la commodité de ceux qui sont au-dessouz. »

Clermont :

Chap. 19, art. 19. « Il ne loist à aucun ayant cours d'eau pour moulin, forges ou autres choses semblables, endommager ou détériorer le fonds d'autruy. »

---

(1) Remarquez dans ces articles la double signification très distincte du mot seigneur : dans le premier, c'est le propriétaire; dans le second, c'est le justicier. Ce double sens d'un même titre a jeté dans la rédaction des coutumes une confusion dont l'effet a été de convertir en droits seigneuriaux une multitude de dispositions qui n'étaient que des droits de simple propriété. V, *suprà*, n° 123.

Orléans :

Art. 177. « Quand estangs sont assis en mesme ruisseau et cours d'eaue, si l'un d'iceux est prest à pescher, ne pourra celuy de dessus lever la bonde du sien pendant que celuy de dessouz est en pesche. »

C'est également à la matière des servitudes que se rattache le célèbre article 206 de la coutume de Normandie, ainsi conçu :

« Le seigneur peut détourner l'eaue courante en sa terre, pourvu que les deux rives soient assises en son fief, et qu'au sortir d'icelui il les remette en leur cours ordinaire, et que le tout se fasse sans dommage d'autrui. »

Cette disposition, dont la plupart des jurisconsultes faisaient un droit commun, doit être sainement entendue : le seigneur dont il s'agit est manifestement le seigneur féodal ; ainsi le droit dont il s'agit constate l'usage de la rivière dans le droit de propriété. L'exercice en est soumis à plusieurs conditions : 1° que le seigneur soit possesseur d'une terre arrosable, formant son domaine, d'où il suit que la prérogative est personnelle ; 2° que les deux rives soient assises dans son fief, c'est-à-dire dans le fief relevant de lui, comme on l'a vu déjà à l'égard des étangs et moulins (n° 367) ; 3° qu'il remette les eaux à leur cours ordinaire, ce qui doit s'entendre à la sortie de son fief ; 4° que le tout se fasse sans dommage d'autrui.

Le droit que constitue cet article n'est exceptionnel et particulier au seigneur de fief qu'en ce qu'il suffit à son exercice que les deux rives soient dans le fief ; mais tout possesseur d'un héritage, même en roture, peut exercer le même droit si les deux rives sont dans sa terre ; c'est donc uniquement une prérogative de directe.

« Un seigneur, dit Hervé, *Théorie des matières féodales*, » t. 3, p. 251, peut détourner une rivière non navigable, lorsque » les deux rives sont dans sa mouvance, pourvu toutefois qu'il » le fasse sans nuire à autrui... Mais comme la faculté dont il » s'agit est restreinte au cas où les voisins n'en souffrent pas, il » faut conclure que les seigneurs ne peuvent guère user de cette » faculté que quand la rivière *traverse leurs propres domaines*.

» Les simples particuliers dont elle traverse également le do-
» maine peuvent aussi détourner, diviser, élargir, resserrer, etc.,
» son cours, en profiter pour faire des bassins et étangs dans
» l'étendue de ce domaine, pourvu que personne n'en souffre ni
» au-dessus, ni au-dessous. »

A quoi donc se réduit en définitive l'art. 206 de la coutume de Normandie? A étendre au fief ce que le droit commun reconnaît au domaine. Mais il n'autorise même pas le seigneur à nuire à son vassal en le privant de l'eau dont il a besoin; celui-ci est compris sous le mot autrui, auquel la coutume interdit de faire dommage : « Par lesquels termes, porte le commentaire anonyme
» sur la coutume de Normandie, publié en 1599, est démontré que
» le vassal d'un seigneur tirant commodité du cours ancien de
» l'eau, lequel s'il était détourné lui pourrait apporter du dom-
» mage, peut empêcher le seigneur de le détourner, comme au
» point il a été jugé par arrêt du grand conseil, au profit de
» Mᵉ Marin Armel, contre le seigneur de Grandviller. »

371. Au surplus, la jouissance des eaux, sous le rapport de l'irrigation, quoique non réglée par les coutumes écrites, n'en était pas moins soumise à l'usage des lieux, usage nécessairement établi partout; cet usage variait dans chaque localité, à raison de la nature des eaux, des conditions du climat et des habitudes de la culture. Le célèbre capitulaire de 844, relatif aux Espagnols et déjà tant de fois cité, constate l'existence de coutumes anciennes à cet égard : *Liceat eis... secundum antiquam consuetudinem... aquarum ductus pro suis necessitatibus, ubicunquè pervenire potuerint, nemine contradicente juxta priscum morem semper deducere* (1).

La jurisprudence des *Olim* n'indique l'existence d'aucun privilége ou droit particulier d'irrigation au profit des seigneurs ; l'exemple suivant, en donnant gain de cause au roturier contre le noble, semble constater l'égalité des droits entre propriétaires : An 1261 : *Super cursu aquæ mutato de quo erat quæstio inter*

(1) Baluze, t. 2, p. 28, n° 8.

dominum Radulphum de Bailolo, militem, et magistrum Abraham, clericum, determinatum fuit quòd secundum consuetudinem terræ, dictus Radulphus nequiverat dictum cursum mutasse eo modo quo ipsum mutaverat (1).

Dans le droit commun de la France on ne rencontre rien qui fasse supposer d'autres règles de jouissance des eaux courantes, pour l'irrigation, que celles qu'exige un usage commun et successif.

« Les riverains d'une rivière, dit Hervé (2), peuvent en dé» tourner les eaux pour abreuver leurs prés; mais cette faculté » leur étant commune à tous, chacun doit en user en ne nui» sant aux autres que le moins possible et en se conformant à » l'usage des lieux. » Ces principes consacrent évidemment la libre disposition des eaux courantes, restreinte uniquement par l'existence et la nécessité d'un droit égal; ils supposent le droit de propriété dans les mains du riverain.

S'il en était autrement, si l'on devait admettre que, par suite d'un principe absolu de droit public, les cours d'eau fussent la propriété d'un autre que celui qui en fait usage, les jurisconsultes n'auraient point posé des règles larges et déterminées seulement par les droits des propriétaires d'au-dessus et d'au-dessous. Et cependant, de tous ceux qui s'en occupent, et de ce nombre sont tous ceux qui ont écrit sur les servitudes, nul ne fait intervenir l'autorité du seigneur pour modifier ou fixer la décision; ce sont uniquement les principes de bon voisinage et de la propriété qu'ils prennent en considération. On peut, à cet égard, consulter les longues discussions de Cæpola sur le droit des propriétaires inférieurs à l'eau qui naît dans un fonds supérieur, relativement à leurs moulins ou à leurs prés (3); Dumoulin, sur le 69e conseil d'Alexandre, t. 5, où il dit : *Dominum posse suo commodo divertere, vel retinere aquam quæ oritur, vel* LABITUR *in fundo suo, in præjudicium vicini;* Duval,

(1) *Olim*, t. 1, p. 677, nos 4.
(2) *Théorie des matières féodales*, t. 3, p. 253.
(3) *De servit.*, tract, 2, cap. 4, no 51 et suivants.

dans son traité *de Rebus dubiis*, tr. 8, n° 6 : *Istud locum habet in eâ aquâ quæ in meo orta est, vel* QUÆ PROFLUIT EX FONTE VICINI IN MEUM; *statim atque ingressa est fundum meum*, MEA EST; Basnage, qui reconnait également au propriétaire d'un héritage la libre disposition du ruisseau qui le traverse : « L'eau » étant une fois entrée dans son fonds, il en est le maître (1) ; » Coquille, résolvant la même question : « L'eau qui passe par » l'héritage d'aucun lui est propre et en peut faire ce qu'il veut; » ce qui s'entend, pourvu que ce ne soit rivière publique (2) ; » Duparc-Poulain, dans ses notes sur la coutume de Bretagne : « Ce » que nous avons dit du propriétaire de la source s'applique à » ceux dont les terrains sont arrosés successivement par le cours » d'eau ; car ils sont propriétaires de l'eau pendant qu'elle est » dans leur terrain, et ils peuvent s'en servir comme s'ils étaient » propriétaires de la source (3) ; » en un mot, tous les ouvrages concernant la servitude des irrigations ; partout on trouvera ce principe que le propriétaire d'un héritage est propriétaire du cours d'eau qui le traverse, et qu'en conséquence il peut en user à son gré, pourvu qu'il ne nuise pas à des droits acquis.

Et qu'on ne croie pas, ce qui, d'ailleurs, ne serait pas présumable, que ces auteurs aient perdu de vue l'existence des droits seigneuriaux sur certains cours d'eau ; ces droits ne leur paraissent pas un obstacle à l'application des règles de la propriété relativement aux usages des eaux non confisqués par le seigneur: « Le droit attribué au seigneur haut justicier, dit Pelée de Chenonteau (4), sur les ruisseaux, consiste en celui de pêche et de » justice, sans que les seigneurs puissent s'opposer à l'usage journalier que les propriétaires des fonds adjacents aux ruisseaux » peuvent en faire pour l'irrigation de leurs prés ; » et Guyot, t. 6, p. 673, n° 9 : « Les habitants de la seigneurie usent de ces » eaux selon leurs besoins : l'interdiction qui leur est faite du

(1) T. 2, p. 564.
(2) Coutumes de Nivernais, ch. 10, art. 2.
(3) Voy. *infrà* le § contenant la doctrine des auteurs.
(4) Sur la coutume de Sens, art. 13.

» cours d'eau de ces petites rivières ne regarde que la pêche et » les moulins, mais non l'usage de l'eau. »

En parlant des titres de possession, je rappellerai les arrêts qui ont statué sur toutes les questions de ce genre, et l'on demeurera convaincu que la jurisprudence n'a jamais reconnu l'existence d'un droit général et dominant l'usage des cours d'eau, autre que le droit privé. Tous ces arrêts n'ont fait que *concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété.* L'art. 645 du Code civil n'a fait que résumer l'esprit de l'ancienne jurisprudence, et n'est en rien introductif d'un droit nouveau.

372. La coutume de Bourbonnais portait:

Art. 340. « La rivière tolt et donne (1) au seigneur haut justicier, et ne donne aucunement au seigneur tréfoncier et propriétaire qui n'a point ladite justice; et sera ladite croissance que la rivière donne vrai domaine au seigneur haut justicier, qui s'appelle communément laiz. »

Art. 341. « Et si la rivière laisse isle, elle est au seigneur haut justicier, en la justice duquel ladite isle sera la plus près, eu égard au fil de l'eau de ladite rivière; *et s'entend des rivières d'Allier, Loire, Siolle, Cher et Bèbre: autre chose est des petites rivières et ruisseaux.* »

L'ancienne coutume, tit. 8, chap. 4, ajoutait à la disposition précédente :

« Toutesfois, par coustume particulière ès chastellenies de Montluçon et Hériçon, les rivières tollent et donnent *au seigneur tresfoncier,* excepté en la chastellenie de Vichy et ressort d'icelle, en laquelle, par coustume particulière et locale, les laiz de la rivière sont *au commun consort,* quant aux pasturages et plant; mais le seigneur justicier prend la *tacte et partière,* et *ne les peult le seigneur bailler à cens, ne autrement les appliquer à son domaine.* »

Il résulte évidemment de ces textes que les rivières d'Allier, Loire, Siolle, Bèbre et Cher, c'est-à-dire les rivières navigables du Bourbonnais, sont les seules qui tollent ou donnent aux sei-

(1) Enlève ou profite par l'effet des attérissements.

gneurs justiciers et soient en conséquence considérées comme la propriété de ceux-ci; et encore le Cher lui-même appartient au seigneur tréfoncier, c'est-à-dire « au propriétaire qui n'a pas la justice, » dans les châtellenies de Montluçon et Hérisson. Quant aux petites rivières et ruisseaux, dont la multitude est considérable dans le Bourbonnais, les seigneurs, les justiciers n'y ont aucun droit.

Ce que la coutume de Bourbonnais exprime formellement n'est pas moins évident de la coutume de Sens, qui porte, tit. 1:

Art. 13. « Il es *en rivières et fleuves publics* appartiennent au seigneur haut justicier, s'il n'y a tiltre valable ou prescription suffisante au contraire. »

Cette disposition ne concerne que les fleuves publics, c'est-à-dire les rivières navigables, ainsi que le font observer Richebourg, dans la note sur cet article, tom. 3, p. 506, et Legrand en ces termes : « Et ainsi semble pouvoir être entendue la cou- » tume de Sens, tit. 1, art. 13, savoir, des *grandes rivières*, » comme de la rivière d'Yonne qui passe par la ville de Sens, et « *autres grandes rivières navigables*, dans lesquelles les îles peu- » vent se faire souvent..., et non pas des petites rivières, dans les- » quelles les îles se font rarement (1). »

Enfin, la coutume de Metz consacre le même principe, tit. 12:

Art. 27. « Nul ne peut ériger moulin ou autre usine sur rivière navigable, jaçoit qu'il soit seigneur haut justicier. »

Art. 28. « Si *la rivière* mine ou accroist sa rive ; la perte et le proffit suit le propriétaire de l'héritage chacun en droict soi...; que si la rivière faict une isle, elle appartiendra au seigneur de la rivière, non à ceux qui ont héritage à l'endroict d'icelle. »

Il est évident que la rivière dont parle l'art. 28 n'est autre que la rivière navigable dont il est question dans l'article précédent.

Ainsi les coutumes de Bourbonnais, de Sens et de Metz, les seules qui attribuent au seigneur haut justicier les îles et atterisse-

---

(1) Sur Troyes, art. 179, gl. 1, n° 13.

ments des rivières, ne le font qu'à l'égard des rivières publiques; elles disposent autrement, soit en termes exprès, soit virtuellement, à l'égard des petites rivières et ruisseaux.

373. Toutes ces coutumes sont antérieures aux ordonnances qui, comme on le verra tout-à-l'heure, ont attribué au roi le domaine des grandes rivières, et par suite celui des îles, îlots et attérissements qui s'y forment. Les seigneurs hauts justiciers sont reconnus, dans ces coutumes, propriétaires des îles qui naissent dans les rivières navigables, parce que ces cours d'eau avaient jusqu'alors échappé à l'appropriation privée. Publiques sous la domination romaine, elles n'ont pu cesser de l'être, à raison des évènements qui ont suivi, qu'au profit du seigneur justicier; celui-ci percevant des droits de péage, ripage, pontage, et possédant la justice sur les rivières publiques, tendit à s'en emparer, comme il fit des chemins, des terres communes, et généralement de ce qui appartenait à tous les habitants ou n'appartenait à personne. C'est donc, à défaut d'autres maîtres, comme vacants ou comme choses publiques, que les grandes rivières et les îles qui s'y forment finirent par être considérées comme la propriété des seigneurs. Auroux des Pommiers, commentateur de la coutume de Bourbonnais, n'a point autrement caractérisé le droit consacré par les art. 340 et 341 de cette coutume : « Il faut, dit-il, mettre au nombre des biens vacans les » îles et les alluvions ou accroissements de terre que forment les » rivières. »

Les coutumes suivantes confirment cette observation :

Boulenois :

Art. 42. « Tous seigneurs *féodaux* ayans droit de *seigneurie* ès lieux à eux appartenans, ou tenus d'eux cottièrement, ont pareille justice et seigneurie ès *communes, flégards, lieux publics et rivières* qui sont au *devant ou à l'endroit desdits ténemens.* »

Cout. d'Amiens :

Art. 184. « Tous seigneurs ayans haute justice ou moyenne sont seigneurs voyers *ès frocs, flégards, chemins* et *voyeries*, étant au devant de leurs ténemens ou héritages, soit *par eau ou par terre.* »

Ainsi le droit des seigneurs sur les eaux est de même nature que celui qu'ils possèdent sur les terres ; c'est un droit de vacants ; c'est l'application des principes de l'enclave, faite soit au seigneur féodal, soit au seigneur justicier, suivant l'esprit de la coutume. Aussi, des deux textes sustranscrits, l'un donne au féodal, l'autre au justicier ; mais ils sont d'accord en deux points remarquables :

1° En ce qu'ils n'accordent le droit de seigneurie que sur eaux ou vacants « étant au devant de leurs ténements. » Lors de la rédaction de la coutume d'Amiens, les seigneurs réclamèrent, prétendant que leur droit s'étendait au delà ; mais la rédaction fut maintenue, sauf à eux à justifier de leurs prétentions à titres particuliers.

2° En ce que le droit n'est reconnu que sur les lieux *publics*, ce qui s'entend des rivières, comme des chemins, flégards, frocs et autres terres sans maître particulier. C'est ce que constate Ricard, commentateur de la coutume d'Amiens : « Par cette » coutume, dit-il, la justice et seigneurie sur les rivières *publi-* » *ques* non appartenantes au roi est au moyen justicier aussi » bien qu'au haut, et même les rives en tant qu'elles contiennent » la rivière.... Les flots sont eaux courantes et dormantes, aussi » *destinées à l'usage public*, et le seigneur haut ou moyen a la » propriété utile, justice et seigneurie sur les unes et sur les au- » tres ; il y peut pêcher et planter pourvu qu'il ne nuise pas au » public. » Ainsi le droit seigneurial est restreint aux lieux vacants et non appropriés privativement ; aussi le même auteur ajoute : « Le seigneur ne peut prétendre que les ruisseaux lui » appartiennent plutôt qu'à ceux entre les héritages desquels ils » coulent. »

374. L'examen de ces coutumes démontre, non moins clairement que celui de toutes les dispositions discutées jusqu'à présent, que les petites rivières n'ont jamais été la propriété des seigneurs hauts justiciers ; leur droit ne s'est étendu qu'aux eaux qui n'étaient pas acquises à l'appropriation privée ; c'est seulement des eaux publiques et sans maître que les coutumes d'Amiens et de Bourbonnais les rendent seigneurs ; c'est seulement

dans les eaux navigables que les coutumes de Metz, de Sens et de Bourbonnais leur attribuent la propriété des attérissements, et cette dernière restriction est bien remarquable en ce qu'elle démontre que, dans le système des coutumes, les seules rivières publiques étaient les rivières navigables.

Et encore ne faut-il pas considérer l'appropriation par les seigneurs justiciers des eaux publiques comme formant un droit commun ; de ce qu'ils ne les ont possédées qu'à titre de vacants il résulte que, là où les vacants ont été un droit de fief, la possession des rivières publiques, des îles et des attérissements sans maîtres a été dévolue au seigneur féodal. Le droit des eaux vacantes se divise donc comme le droit des terres vacantes, en telle sorte que là où les choses communes sont demeurées la propriété des communautés, à l'exclusion des seigneurs de l'un et de l'autre genre, les eaux ont conservé la même appropriation publique. La coutume de Barcelone est remarquable à cet égard :

Art. 72. « *Stratæ viæ publicæ*, AQUÆ CURRENTES *et* FONTES VIVI, *prata, pascua, silvæ, garrice et roche, in hâc patriâ fundata, sunt de* POTESTATIBUS, *ut* NON HABEANT PER ALODIUM VEL TENEANT IN DOMINIO, *sed sint omni tempore ad emparamentum cuncto illorum populo, sine et ullius contrarietatis obstaculo et sine aliquo constituto servitio* (1). »

Quant aux petites rivières, aux ruisseaux, aux eaux éloignées des ténements du seigneur, à celles qui sont l'objet d'une jouissance et d'une possession privée, les coutumes gardent le silence; elles n'ont point de droit exceptionnel à constater. Le droit commun est celui de la propriété, des règles qui régissent ses limites et qui déterminent les effets de l'accession; ce droit existe et tous les jurisconsultes l'ont reconnu.

Ainsi, de même qu'on a vu tout à l'heure les principes de l'irrigation établis sans considération du droit seigneurial, de même nous trouvons ceux qui régissent la propriété des îles et attérissements dans les petites rivières constitués sans qu'il soit fait

(1) An 1068, Giraud, tom. 2, p. 479.

mention de la prérogative justicière. Depuis Dumoulin jusqu'à Pothier les principes n'ont pas varié ; ce sont ceux de la loi romaine et de l'art. 561 du Code civil. « A l'égard des rivières non » navigables, dit Pothier, *Traité de propriété*, n° 164, lorsque » ce sont les propriétaires desdits héritages riverains qui sont » propriétaires de la rivière, ils doivent aussi l'être, et des isles » qui s'y forment, et du lit de la rivière lorsqu'elle l'a abandonné » pour prendre son cours ailleurs. » Et Rouyer, commentateur de la coutume de Bourbonnais, pour expliquer le droit de sa coutume, se contente de transcrire Pothier.

Qu'on ne croie pas cependant que ces auteurs ont perdu de vue le droit féodal et que, préoccupés du droit romain, ils aient oublié les règles de la pratique et de la propriété française. Loin de là, Dumoulin, en expliquant les effets de l'accession à l'égard du fief, se demande si la terre ainsi concédée doit être considérée comme le terrain limité auquel l'alluvion ne profitait pas parce que le fleuve limitrophe ne s'y trouvait pas compris (n° 24) ; il décide que les limites du fief consistant dans un domaine ne sont pas de cette nature, et qu'en conséquence l'île et l'alluvion l'accroissent et profitent au seigneur direct, chacun selon son droit : *Pro quâ parte accrescit fundo feudali vel emphyteutico ad commodum utilis dominii, eâdem ratione et eodem jure pro eâdem parte quæritur domino directo, respectu dominii* (1).

375. Ici se termine l'exploration des dispositions coutumières qui supposent un droit quelconque au seigneur justicier : droits de banalité, droits de pêche, droits d'étangs, droits de police, droits d'irrigation, droits d'îles et d'attérissements. Les recherches et les vérifications les plus attentives ne m'ont révélé aucun texte, autre que ceux que j'ai cités, comportant l'existence ou la supposition d'une prérogative seigneuriale sur les cours d'eau ; je crois pouvoir affirmer qu'il n'en existe point (2). Il est donc

(1) Des fiefs, § 1, gl. 5, n° 120.

(2) Plusieurs coutumes ont été indiquées, par M. Rives et par d'autres jurisconsultes, comme ayant trait à la propriété des eaux courantes; ces indica-

démontré suffisamment et au delà que le prétendu droit des seigneurs justiciers à la propriété de toutes les eaux courantes, en vertu d'un principe général et coutumier, est une chimère, une assertion fausse et démentie par les textes mêmes invoqués pour l'établir. Comment un pareil principe, altérant le système du droit de propriété dans l'un de ses éléments les plus précieux, aurait-il existé inaperçu, pour ainsi dire, sans avoir été constaté par une seule coutume? Comment, s'il eût été vrai, les seigneurs auraient-ils souffert de si nombreuses dispositions qui le nient? Comment des réclamations, au moins, n'auraient-elles pas révélé ce droit, exercé dans quelques localités comme général et coutumier? Il serait bien étrange assurément que les hommes assez puissants pour faire consigner aux coutumes ces mots spoliateurs: « Les vacants sont aux seigneurs (nº 205), » n'eussent pas même tenté d'y faire écrire: « Les petites rivières sont aux » seigneurs; » lorsque d'ailleurs la coutume de Meaux portait : « Les grandes rivières sont au roi (1). »

Les annales coutumières ne mentionnent qu'une tentative de ce genre; lors de la rédaction de la coutume de Tours, le seigneur de Maizières réclama la disposition suivante:

« Le seigneur baron de Maizières et antres seigneurs chastelains de ladite baronie, chacun en droit sol, ont droit et sont fondés chacun d'eux respectivement de sol dire et porter seigneurs, gardes et protecteurs de toute et chacune les rivières, fleuves pérennes et qui décourent en tout temps; ont droit de prohiber, garder et deffendre qu'aucun fors eux n'y fasse moulin, arrêt ou détour d'eau, ne pêche à aucun engin sans leur congé, permission et licence, et sans leur en faire devoir ou redevance. »

---

tions vagues et sans mention de l'article m'ont obligé à lire la coutume entière et je n'y ai rien trouvé; je suis fondé à croire que ces citations n'ont point été vérifiées ou qu'elles l'ont été légèrement; par exemple, on cite l'art. 268 de la coutume d'Auxerre, portant : « Les *accrues* appartiennent » comme vacants au seigneur justicier. » Il s'agit ici des accrues de bois, ainsi que le prouve l'article précédent. Il en est sans doute ainsi de la coutume de Poitou, qui ne m'a rien offert de relatif aux eaux courantes, quoique citée comme décisive.

(1) Voy. le § suivant.

Cette prétention, qui même n'attribuait pas au seigneur la propriété absolue de la rivière, fut rejetée. Le procès-verbal porta qu'un pareil droit n'avait pas nature de coutume, mais pouvait seulement constituer un droit seigneurial particulier; il fut réservé au seigneur d'en user, s'il se trouvait « fondé par aveu dû- » ment vérifié et autres titres particuliers, ou par jouissance » immémoriale, sauf à ses sujets la défense au contraire (1). »

Ainsi, ce que l'on prétend aujourd'hui avoir été le droit commun du royaume a paru, aux yeux des rédacteurs de la coutume de Tours, trop exceptionnel et trop exorbitant pour être consigné même comme coutume locale. Le seigneur a été renvoyé à faire de sa prétention la preuve justificative des droits les plus défavorables, et cette preuve, exigée en 1507, et de nouveau en 1559, n'ayant jamais été produite, l'article a été définitivement rayé.

La discussion des coutumes conduit donc au même résultat que l'examen des principes généraux de la justice et du fief; pas plus que ces principes, les textes ne supposent ou n'accordent à la justice seigneuriale aucun droit commun sur les rivières grandes ou petites; ceux dont les justiciers ont pu jouir ont eu pour eux, comme l'exprimaient les rédacteurs de la coutume de Tours, nature de droits seigneuriaux, et non de droits coutumiers. Ces droits étaient fondés, comme tous les droits particuliers, sur la jouissance immémoriale, sur des aveux dûment vérifiés, mais toujours à titre particulier et sans autre cause que la circonstance, pour ainsi dire personnelle, de leur possession. Ainsi les textes parlent comme les théories que j'ai développées, la pratique comme les éléments que j'ai fait connaître, les dispositions particulières comme les considérations générales de mon exposé; les conclusions des unes confirment le principe et la vérité des autres.

J'examinerai tout-à-l'heure, à l'aide des chartes, des titres, des arrêts et encore des textes coutumiers, quel devait être, en fait, le rapport des possessions justicières, féodales, censuelles ou allodiales, à l'égard des eaux courantes du royaume; mais je dois aupa-

(1) Voy. Richebourg, tom. 4, p. 708.

ravant exposer l'état où les ordonnances royales avaient réduit le droit et l'exercice des justices seigneuriales en cette matière.

§ V.

DES GRANDES RIVIÈRES ET DES ORDONNANCES.

376. Des grandes rivières sous la législation des capitulaires.
377. Droit général des rivières au treizième siècle.
378. Des ordonnances constitutives du domaine public.
379. Examen de diverses lettres patentes et ordonnances.
380. Règles particulières au Dauphiné.
381. Doctrine des domanistes avant l'ordonnance de 1669.
382. Ordonnance de 1669. — Son exécution.
383. Droit des petites rivières.
384. Du droit des justiciers en présence des ordonnances. — Du domaine justicier.

376. « Les grands chemins, dit Loysel, et rivières navigables, » appartiennent au roi (1). » C'est avec raison que le jurisconsulte assimile et place sous une même disposition les grands chemins et les rivières navigables; ces possessions royales ont la même histoire.

J'ai déjà fait observer que le domaine royal s'était introduit dans les justices des seigneurs par les grands chemins, gagnant de là les rivières, puis les vacants, puis enfin la directe universelle.

Les rivières et cours d'eau constitués publics sous l'administration romaine conservèrent nécessairement ce caractère sous

(1) Liv. 2, tit. 2, règl. 5.

la domination barbare; du moins aucun évènement général et législatif n'indique un changement sur ce point. Aussi les chartes et documents privés montrent les rois distribuant à leurs fidèles, aux monastères et aux particuliers, tous les profits publics que les rivières pouvaient produire. Je ferai connaître, en parlant des titres et de la possession, divers actes de concessions de pêcheries, moulins, ports, péages, passages, retirant successivement du domaine commun tous les éléments productifs des fleuves, pour les faire entrer dans le domaine privé. Déjà nous en avons cité plusieurs qui confirment ce fait; le suivant met l'appropriation privée dans un jour particulier. C'est une charte de Charles-le-Chauve portant donation au monastère de Saint-Denis d'une forêt de pêcherie, des droits de navigation et de tous les autres droits appartenant au roi: *Nec non forestam aquaticam à fluvio Saure usque Cambrias cum ripaticis, quam nunc usque nostra visa est dominari potestas; atque indulgemus omnes exactiones regias in aquâ cuicumque potestati subditi sint ripatici, quemadmodùm olim reges tenuerunt* (1).

Remarquez, 1° que la concession comprend le fleuve navigable (la Seine), puisqu'elle attribue le *ripaticum, id est navalium teloneum*, suivant une charte de Charlemagne; 2° que le fleuve était frappé du droit de forêt, *forestam aquaticam*, établie par la puissance justicière du roi, *nostra potestas*; 3° que la donation ne comprend pas seulement la pêcherie forestière, mais encore tous les droits royaux anciens et primitifs que les rois exerçaient sur le fleuve, même dans les justices qui ne leur appartenaient pas en propre: *Exactiones regiæ, quemadmodùm olim reges tenuerunt, in aquâ cuicumque potestati.....*

Ainsi, outre que cette charte nous montre tous les droits anciennement fiscaux d'une grande rivière transmis au domaine privé, elle confirme ce que nous savions déjà, que les banalités s'étendirent aux fleuves publics, et peut-être les frappèrent principalement de leur interdit (n° 332).

Au surplus, aucun monument législatif des deux premières

---

(1) Ducange, v° *Ripaticum.*

races ne suppose le domaine royal maintenu en possession d'un droit particulier sur les grandes rivières; lorsque les rois eurent transmis à des mains privées tous les éléments du fisc romain, il ne leur en resta rien, pas plus sur les eaux que sur les terres, et le dessaisissement du domaine public fut absolu.

M. Rives a très complètement établi ce passage des grandes rivières du domaine public dans le domaine privé (1), et pour démontrer ce même fait, au paragraphe de la possession, je me contenterai d'indiquer le travail de ce savant magistrat. Mais aux exemples produits il ajoute : « Leurs libéralités bénéficiales dé» pouillent les rois du domaine *utile* qui en est l'objet; mais ils » conservent le domaine *direct* ou éminent, et une législation spé» ciale leur assure la conservation de leur domaine *privé* (2). » A l'époque des concessions dont il s'agit, la théorie du domaine utile et du domaine direct n'existait pas, et d'ailleurs tous les actes cités attribuent aux donataires la propriété pleine, entière, absolue et perpétuelle; la donation a lieu *cum integritate, jure proprietario, jure perpetuo;* il est donc inexact de dire que ces libéralités étaient bénéficiales; or, cette inexactitude est d'une grande importance, puisqu'il s'agit de conserver au roi le domaine éminent des rivières; l'ordonnance de 1669 prouvera plus tard l'erreur de cette supposition.

Quant à cette législation spéciale qui assurait la conservation du domaine du prince, je l'ai vainement cherchée, et je demeure persuadé qu'elle n'a jamais existé.

Ce même auteur dit plus loin que la législation des capitulaires plaçait sous la justice et l'administration des comtes et de leurs vicaires les grands chemins et les rivières. Cela est vrai, mais ne résulte pas du texte qu'il cite (3), lequel n'a pour objet que la restauration des ponts; ainsi que M. Rives le fait observer lui-même, « on ne trouve dans la collection des capitulaires » aucune disposition explicite sur le régime des cours d'eau pu-

(1) Pages 27 et suiv.
(2) Page 28.
(3) Extrait de la loi des Lombards, ch. 32; Baluze, t. 2, p. 338.

» blics (1). » Mais on en rencontre un grand nombre qui ont pour objet les impôts multipliés, légitimes ou abusifs, anciens ou nouveaux, qui pesaient sur l'usage et la jouissance des rivières navigables (*suprà*, n° 325). Or, tous ces droits appartenaient au fisc, *exactiones regiæ*; ils étaient perçus par les comtes et les autres justiciers; ils sont tous tombés, sans exception, sous l'appropriation privée des honneurs et des donations du fisc; le domaine royal de la seconde race en a été complètement dépouillé, et son héritage n'en a pas transmis la moindre parcelle au domaine de la troisième.

Ce point est important, car s'il est vrai que les lois constitutives du domaine public, en France, ont dû s'emparer des rivières navigables et les attribuer au roi *par voie d'expropriation*, il devient manifeste qu'à aucune époque de cette législation les petites rivières n'ont été détachées de ce même domaine pour être confiées à l'administration des justiciers. Or, nul jusqu'à ce jour n'a mieux démontré que M. Rives ce point de notre droit public, « que la première ordonnance où nos rois aient nommé les rivières navigables *nos rivières*, à titre de propriét clusive, est » celle du mois de janvier 1583 (2); et que l'ordonnance de 1669 » est *la première* et *la seule* qui ait déclaré et constitué positi- » vement notre droit public à cet égard (3). » A ses recherches je joindrai les miennes, et je crois que le lecteur demeurera convaincu que les rivières navigables ne font essentiellement partie du domaine public en France que depuis le gouvernement constitutif de Louis XIV.

377. Au treizième siècle, le droit des rivières était encore dans l'état où l'avait laissé le dixième; les cours d'eau, grands ou petits, navigables ou non, divisés en tronçons, étaient possédés, sans distinction d'origine, par les seigneurs des terres riveraines, soit justiciers, soit féodaux, soit alleutiers. Beauma-

(1) Page 30.
(2) Page 42.
(3) Page 43.

noir ni les Établissements de saint Louis ne supposent un droit particulier à l'égard des eaux courantes; le premier parle des chemins qui sont encore « aux seigneurs des terres; » il ne dit rien des rivières.

Mais il n'en est pas ainsi des *Olim* ; ce registre du parlement nous montre les eaux courantes de toute nature faisant l'objet d'une multitude de procès; le premier volume seul en contient plus de cinquante, et vingt-cinq mettent en discussion des droits de justice, de pêcherie, d'écluses, de clôtures, de navigation, de moulins, sur des grands fleuves, tels que la Loire, la Seine et la Somme. Les parties sont des particuliers, des monastères, des nobles, des comtes, le roi ou ses officiers ; dans les procès où le roi figure, il n'excipe comme les autres que de sa possession; il n'est pas une seule fois mention de son droit royal.

L'arrêt suivant met dans un jour éclatant effet des concessions des premières races à l'égard des rois de la troisième. Il s'agit d'un fait passé sur la Seine et dont le roi et l'abbé de Saint-Denis se disputent la connaissance; l'abbé produit son titre qui est précisément la donation de Charles-le-Chauve sustranscrite (nº 376); le roi excipe de sa possession, mais il ne peut en justifier. Le premier gagne son procès : *Inspectà quâdam cartâ regiâ abbatis, per quam videtur ei concedi justitia inter fluvium Saure et Chambrias... Super hoc non fuerunt producti testes pro rege* (1).

Ainsi les concessions des deux premières races étaient un titre irrécusable pour les rois de la troisième; or il est certain que ces concessions avaient compris toutes les possessions fiscales du royaume; même dans les terres de son obéissance, saint Louis n'avait donc sur les rivières que les droits dont il prouvait la possession, comme tout autre, par titre ou par témoins.

378. Les règnes suivants montrent non moins clairement l'absence de tout droit général appartenant au roi sur les grandes rivières.

---

(1) Tome 1, p. 301, 12.

Un accord du 2 janvier 1307 reconnaît à l'évêque de Viviers, au chapitre et aux habitants, la propriété du Rhône et des terres riveraines, dont il ne réserve au roi que la garde et défense et le ressort à l'égard de la justice : *Terram et totam temporalitatem episcopi, et capituli et subditorum suorum, in Rodano et citra Rodanum existentes* (1).

Ordonnance du 17 mai 1315 : *Super jurisdictionibus... itinerum et fluminum publicorum, quas jurisdictiones domini temporales infra quorum jurisdictionem et terras prædictas consistunt, ad se pertinere asserunt.... inquiretur veritas, qualiter de præmissis usi sunt, tempore Beati Ludovici et ejus filii Philippi regis Franciæ, et stabitur illi parti quæ meliùs probabit. Et si non probatur, juri communi stetur* (2). Ainsi, les chemins et les fleuves publics étaient soumis au droit commun, *juri communi*. Quel était ce droit? Beaumanoir le fait connaître en attribuant les chemins aux propriétaires des terres qu'ils traversent, et les ordonnances qui suivent constatent ce même droit à l'égard des rivières.

Celle du 29 mai 1346, constituant une juridiction spéciale du grand-maître de France sur tout ce qui concernait les eaux et forêts, portait en conséquence, art. 31 : « Que aulcuns baillis, » séneschaux, receveurs, prévôts, vicomtes ou autres officiers » quelconques, dores en avant, ne connaissent ne s'entremettent » en aucune manière du fait des forêts, fleuves, rivières et » garennes, ni de choses qui en dépende (3). » Les gens du roi s'empressèrent d'interpréter la disposition dans un sens absolu, comprenant tous les fleuves et toutes les rivières du royaume, et dès lors exclusif de tous baillis et sénéchaux des seigneurs (4). Il fallut qu'une ordonnance vînt réprimer cette doctrine prématurée des agents fiscaux :

28 décembre 1355, art. 19. « Pour ce que les maîtres de nos eaues et forêts,

(1) Coll. du Louv., t. 7, p. 7. Rives, p. 35.
(2) Coll. du Louv., t. 1, p. 572.
(3) Coll. du Louvre, t. 2, p. 248.
(4) Voy. note de Delaurière, sur l'ordonnance suivante.

sous ombre de leur office, s'efforcent de attribuer à euls la congnoissance par tout notre royaume, tant de nos eaues comme des eaues des prélats, barons et autres justiciers (1) ; sous ombre de ce, prennent et font prendre en autres eaues, et en autre jurisdiction que la nôtre, les engins et les rets et filets, et avoir la congnoissance et la punition de ceux qui pêchent contre nos ordonnances ès eaues de nos subjiects, nous accordons et voulons et par exprès leur deffendons que doresnavant ils ne tieignent congnoissance ne jurisdiction aucune de tel cas, en la terre, ès eaues ou ès forêts de nos subjiects, ou en la justice de prélats, barons et autres justiciers, se ainsi n'était que lesdits prélats, barons ou hauts justiciers, sommés et requis souffisamment, ne fussent remis et négligens ; et se lesdits maîtres de nos eaues ou des forêts voulaient faire le contraire, nous voulons et accordons que l'on ne soit tenu d'obéir à euls. »

Les seigneurs gagnèrent donc encore une fois leur procès; mais ces mots perfides : « Se ainsi n'était que lesdits justiciers » ne fussent remis et négligens, » ouvraient une large porte aux empiétements fiscaux.

C'est à tort, au surplus, que M. Rives conclut de ces ordonnances « que notre droit public consacrait très explicitement la » *propriété* et la *juridiction* des hauts justiciers sur les rivières » publiques de leur circonscription. » (2) Le législateur distingue au contraire très formellement la propriété de la juridiction : « *En la terre*, dit-il, ès eaux ou ès forez de nos *subjects*, » ou *en la justice* des prélats.... »

Cette distinction de la propriété relativement aux sujets, et de la juridiction relativement aux justiciers, va devenir bien plus manifeste dans les ordonnances qui suivront : les agents royaux ne cessent pas de disputer et d'envahir la juridiction seigneuriale; sur ce point, comme sur tous les autres, cette dernière se voit successivement enlever toutes ses compétences

---

(1) Ces eaux des justiciers étaient celles des rivières grandes et petites, comme le témoigne la charte suivante de 1380, par laquelle Louis, duc d'Anjou, régent, reconnait les droits du vicomte de Turenne : *Quod habet in toto vicecomitatu Turenne, ejusque territorio, jus et cognitionem* AQUARUM ET FLUVIUM NAVIGABILIUM, AC CÆTERORUM IN DICTO VICECOMITATU DEFLUENTIUM, *portuum, itinerum et viarum publicorum*. Bouquet, *Droit public de la France*, p. 394.

(2) P. 37.

et toutes ses prérogatives; de même qu'elle avait perdu le droit d'aubaine, celui de deshérence, la juridiction des bourgeois, de même qu'elle subissait en toute matière les effets désastreux des cas royaux et de la prévention, de même elle devait perdre la police des eaux et forêts, fortement organisée dans le domaine royal.

En effet, à la suite d'usurpations perpétuelles de la part des agents royaux, constamment combattues et signalées par les États, mais auxquelles on commençait à s'accoutumer, intervint l'ordonnance de décembre 1543. Dans le préambule, le roi considère qu'il a toujours désiré garder et faire garder et entretenir les eaux et forêts de son royaume, « tant celles qui nous » appartiennent de nostre domaine que celles auxquelles nous » avons droict... de justice et autres droicts, et semblablement » les autres bois, forests, eaux et rivières de nostre dit royaume, » comme l'une des choses les plus commode, requise et nécessaire, tant à nous qu'à nosdits subjects; » qu'en conséquence, tant par délégations que par commissions, son grand maître, ses lieutenants et officiers « ont par cy-devant connu » des forests, bois, eaux et rivières des *prélats*, *princes*, *communautez*, *gentilshommes* et *autres nos subjects*; » reconnaissant l'utilité de cette mesure, le roi ordonne : « que tous » les prélats, princes, *nobles*, *communautez et autres nos subjects ayant forests ou rivières*, pourront d'oresnavant poursuyvir tous leurs droits.... concernant leurs dites rivières et » forests, à l'encontre des délinquans et prétendans droicts, tant » sur les fonds d'iceux, qu'usage.... ou autres droicts ou servitudes... ce pardevant le maistre de nos eaux et forests, ou par » devant le maistre des eaux et forests des prélats, princes et » seigneurs ayans tels officiers (1). »

M. Rives n'a pas remarqué qu'au lieu de constater le droit de propriété des rivières exclusivement aux mains des seigneurs, cette ordonnance la montre aux mains des nobles, des gentilshommes, des communautés et des *autres sujbects du roi*; non-

(1) Isambert, t. 12, p. 843.

seulement cette énumération des propriétaires de cours d'eau ne se restreint pas aux seigneurs, mais encore ils ne sont mentionnés en cette qualité que lorsqu'il s'agit de juridiction.

A qui s'adesse le roi ? A tous ses sujets, de quelque qualité qu'ils soient, possédant rivières et forêts. Évidemment ce langage n'eût pas été celui du législateur si toutes les eaux courantes eussent été la propriété des hauts justiciers. Bien plus, la disposition de l'ordonnance eût été sans objet ; évidemment elle ne pouvait s'adresser utilement, dans le but qu'elle se proposait de dépouiller les justiciers de leur compétence, qu'aux possesseurs des rivières, prélats ou autres, n'ayant pas juridiction sur ces rivières.

La distinction et la conséquence qu'elle emporte vont désormais se reproduire dans toutes les ordonnances qui suivent : une ordonnance de mars 1558 attribue au grand-maître la connaissance « des procès concernant directement *les fonds et » propriétés* » des eaux et forêts « tant de nous que de nos su- » jets » (1) ; déjà une ordonnance de février 1554 avait créé des arpenteurs qui « mesureront tous bois, forests, terres, eaux, » isles, pastis, assieront bornes, feront partage de toutes les choses » susdites, soit qu'elles soient de notre domaine et à nous appar- » tenans, ou aux *princes, prélats, gens d'église, communau- » tez* et *autres subjects particuliers* de nostre royaume... (2). »

L'étude de ces ordonnances nombreuses, et qui toutes reproduisent l'indication de tous ceux qui peuvent être propriétaires des eaux et rivières, constate d'une manière irréfragable que les rivières étaient considérées par le législateur comme ayant, à l'égard du droit de propriété, la même nature et les mêmes conditions que les terres, bois, forêts, isles et pastis. Il est impossible d'apercevoir, dans ces énumérations faites en présence de la pratique et de l'état réel des possessions, le germe ou la cause d'une distinction qui assurément n'eût pas manqué d'être

(1) Citée par M. Rives, p. 40.

(2) Isambert, t. 13, p. 431. Voy. aussi les ordonnances relatives à la Bretagne, citées par Hévin, *Questions féodales*, p. 212 et suiv.

apparente ou signalée, s'il eût été vrai, comme on le suppose, qu'un droit particulier eût frappé les rivières; ces biens sont au contraire absolument confondus avec toutes les propriétés territoriales, et, comme toutes les autres, l'objet d'actions possessoires, de servitudes, de droits d'usage, et enfin de la propriété.

379. Il est donc certain que dans l'ordonnance de 1558 les seigneurs n'étaient indiqués que comme possesseurs du droit de police et de la justice des rivières, et l'ordonnance avait évidemment pour objet de les en priver.

Jusqu'alors aucune distinction de droit public n'existait entre les grandes et les petites rivières (1). Le législateur avait constamment respecté la propriété de tous les cours d'eau, dans quelques mains qu'ils fussent, et nulle part on n'y trouve la trace d'une prétention distinctive des droits du domaine entre les eaux et les terres du royaume.

Je ne sais comment M. Rives a pu voir l'exercice du *domaine direct* dans l'interdiction faite par Charles VII au maître des eaux et forêts du diocèse de Nîmes de prélever des amendes sur les habitants qui auraient chassé ou pêché hors des rivières et lieux royaux. Cette ordonnance, du 23 novembre 1439, répondait à la demande des États : « Que chascun dudit païs puisse » chasser à bestes sauvaiges, prendre oyseaulx et peschier poissons » fors que ès lieux deffendus (2) ; » condition du subside accordé au roi. C'était évidemment l'abrogation d'une mesure de police ou d'une banalité ; mais, en la prononçant, le roi ne faisait acte de propriétaire ni à l'égard des terres, à cause de la chasse, ni à l'égard des eaux, à l'égard de la pêche ; ce que démontre d'ailleurs suffisamment la réserve expresse des « rivières et lieux » royaux. »

M. Rives cite également, comme l'exercice éclatant de la puissance royale sur les rivières, les lettres de Louis XI par les-

(1) M. Rives, p. 40.
(2) Isambert, t. 9, p. 71.

quelles ce prince permet de recueillir l'or de paillole des rivières, sans demander la permission des possesseurs des terres qu'elles traversent. C'est une méprise que les lettres mêmes devaient écarter. Louis XI, en effet, y considère que la police de l'or lui appartient exclusivement (1), et que lui seul a le droit de lever des impôts; que cependant plusieurs seigneurs exigent une redevance de ceux qui recueillent l'or de paillole sur les terres et rivières de leurs possessions; voulant faire cesser cette entreprise illégitime, et de l'avis « des maitres des monnaies, » le roi ordonne « que chascun pourront d'ores en avant cueillir et amasser » ledict or en toutes montaignes, pierreries, rivières et ruisseaulx, » terres infertilles et non labourées, sans en payer aucun droict » à nous ne à autres seigneurs *ausquelz appartiendront lesdictes* » *terres, rivières et ruisseaulx*.... lequel ainsi cueilly, ceulx qui » le cueildront seront tenuz lè livrer en noz plus prouchaines » monnoyes (2). »

Il est évident que le roi ne fait pas plus acte de propriété à l'égard des rivières qu'à l'égard des montagnes, terres et pierreries « des seigneurs particuliers, ecclésiastiques ou séculiers, » qui contiennent l'or de paillole; il ne dispose qu'à l'égard de l'or qui lui appartient dans quelque lieu qu'il se trouve.

380. Des lettres patentes de Henri II, de 1549, enregistrées au parlement de Grenoble (3), déclarèrent que les eaux des rivières et ruisseaux, traversage et usage des chemins publics du Dauphiné, par droit de coutume appartenaient au roi et étaient à sa disposition en ses terres domaniales, comme aux seigneurs bannerets ayant juridiction en leur terrain et mandement. Cette coutume était particulière au Dauphiné.

Cette province, en effet, relevait originairement de l'empire. « Nos anciens Dauphinois, dit Salvaing (4), qui reconnaissaient

(1) « Le roi applique à soi la treuve d'or. » Voy. *suprà*, n° 209.

(2) Isambert, t. 10, p. 638.

(3) Citées par M. Rives, p. 39, d'après Basset, arrêt du parlement de Grenoble.

(4) T. 5, p. 62.

» l'empire, n'ont eu le droit de régale que par la concession de » l'empereur. »

J'ai déjà rappelé les lois particulières des fiefs lombards (n° 220). Frédéric Barberousse avait constitué ses domaines sur de larges bases. Sous le titre de *regalia*, il avait compris tout ce qui portait le caractère de droit public; son historien, Radevic, attribue cet appropriement à la volonté des évêques, des barons, des grands et des cités d'Italie. *Tàm episcopi*, dit-il, *quàm privati, uno ore, uno assensu, in manibus principis regalia reddidére, primique resignantium Mediolanenses exstitére, requirentique de hoc ipso jure quid esset, adjudicaverunt ducatus, marchias, comitatus, consulatus, monetas, telonia, fodrum, vectigalia, portus, pedagia, molendina*, PISCARIAS, OMNEMQUE UTILITATEM EX DECURSU FLUMINUM PROVENIENTEM (1).

En effet, les coutumes des fiefs, ouvrage de jurisconsultes milanais, recueillies au douzième siècle, contiennent un titre intitulé *Quæ sint regalia*, lib. 2, tit. 56, qui consiste dans une nomenclature très développée de tous les droits réservés par l'empereur Frédéric. Parmi ces droits on trouve : *viæ publicæ, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia... piscationum reditus.*

Ces divers droits régaliens furent dans la suite concédés féodalement avec les terres aux grands de l'empire. Les hauts seigneurs les exercèrent à un titre déterminé, et tous leurs droits furent réglés par la législation particulière du royaume lombard.

Il s'ensuivait que les droits seigneuriaux des justiciers du Dauphiné avaient des règles étrangères aux coutumes françaises. Toutes les terres de l'empire se régissaient réellement comme un grand fief, et, parmi les possessions féodales, les unes étaient régaliennes et d'autres ne l'étaient pas.

Parmi les droits régaliens se rangeaient tous les priviléges des seigneurs sur les eaux courantes, priviléges qui furent plutôt étendus que restreints.

C'est à ce titre que Henri II déclare, dans la lettre ci-dessus,

(1) Cité par Craggius, *Feudorum*, lib. 1, p. 119.

qu'à lui comme dauphin et aux seigneurs bannerets appartient la disposition des ruisseaux et rivières. Cette faculté régalienne était constatée par l'usage où étaient les seigneurs de donner, vendre ou alberger les eaux de toutes natures qui coulaient sur leur territoire, moyennant une redevance et une portion des lods et ventes, lorsque le fief arrosé et amélioré par l'irrigation venait à changer de main. Un certificat de la chambre des comptes de Grenoble, du 15 décembre 1501, constate cet usage en ces termes : *In locis, quibus dominus noster rex Delphinus habet rivos, rivulos et alias aquas* REGALIORUM, *consuevit recipere laudes in prædiis moventibus de alio feudo, ratione rigationis* (1).

Ce même droit existait en Languedoc, suivant La Roche Flavin, *Des droits seigneuriaux*, ch. 16, et dans le Lyonnais, le Forez et le Beaujolais, ainsi que l'atteste Bretonnier sur Henrys, liv. 1, chap. 3, quest. 36. La concession de la prise d'eau s'appelait *beneris*, et avait également lieu moyennant une redevance annuelle et une partie des lods et ventes.

Le 18 mai 1679, il fut fait, par l'intendant du Lyonnais, un règlement portant que « lorsque, dans l'étendue des justices ou do» maines du roi, il se trouvera des particuliers qui prennent les » eaux des rivières et ruisseaux, ou même les eaux de pluie et » de fontaine ou autres qui tombent en chemin public, et les con» duisent dans leurs héritages pour l'irrigation d'iceux, sans ti» tre ni concession, ils seront contraints d'en passer reconnais» sance à sa majesté sous un cens portant lods. »

Tous ces règlements et la jurisprudence qu'ils ont produite se rattachaient au droit particulier de la féodalité lombarde; ils ne régissaient et ne devaient régir que le territoire anciennement soumis à la domination impériale. On ne pouvait donc les étendre aux provinces qui n'avaient jamais fait partie de l'empire ou n'en avaient jamais subi la domination ou les usages.

381. Cependant les agents du domaine royal tendaient in-

(1) Salvaing, t. 2, p. 47.

cessamment à rattacher à la couronne toutes les terres du royaume; le système de la directe universelle, merveilleuse création du génie fiscal, ne suffisait pas aux besoins du gouvernement ni aux insatiables exigences des courtisans. Pour remplacer les biens du roi qu'une législation nouvelle, due aux réclamations des États et proclamant le domaine de la couronne inaliénable, cherchait en vain à retenir dans la possession royale, les domanistes s'efforcèrent d'attribuer à cette possession des portions du sol, pour ainsi dire, *à titre universel*. Confondant à dessein la police et la propriété, comme si l'une ne pouvait pas s'exercer sans l'autre, ils avaient déjà conquis, du moins généralement, les grands chemins; les coutumes de Boulonnais, d'Amiens et de Valais avaient consacré cette prétention. Des grands chemins ils passèrent aux rivières qui sont aussi des chemins, et qui, par les entraves multipliées que les jouissances privées apportaient à la navigation, réclamaient plus instamment encore la puissante intervention de l'autorité royale. Cependant ils réussirent plus difficilement, et la seule coutume de Meaux, dans laquelle les rois de France étaient seigneurs particuliers, consacra le droit royal exclusif aux grandes rivières.

Art. 182. « On tient que tous fleuves navigables sont au roy, s'il n'y a seigneur qui ait tiltre particulier ; et supposé qu'aucun ait haute justice en aucune terre près ledit fleuve, n'est pas censé avoir haute justice sur ledit fleuve. »

Les domanistes, repoussés de la voie légale, recoururent à la force et à l'abus de pouvoir ; c'est Bacquet lui-même qui nous l'apprend (1). « *On tient en France*, dit-il, que les fleuves pu-
» blics et rivières navigables appartiennent au roi et *de regali-*
» *bus sunt*, tant suivant la disposition du droit commun,
» *in tit. Quæ sunt regalia, in usibus feud.*, *l. Fluminum*,
» ff., *De dam. inf.*, *l. Quominùs*, ff., *De fluminibus, etc.*,
» que suivant une *prétendue usance* de France par laquelle
» *Ea quæ jure naturali communia sunt omnium, ut mare*,

(1) Le plus fiscal des auteurs du palais, suivant Hévin, q. f., p. 218, n° 13.

» *flumina*, *littora*..., et tout ce qui est destiné et délaissé à » l'usage du public, est censé appartenir au roi : *quoi que ce soit*, » des officiers, pour et au profit dudit seigneur, *s'en empa-* » *rent* (1). » Ainsi cette *pretendue usance* du droit français n'était fondée que sur les usages lombards et sur des textes des lois romaines assurément fort étrangères aux institutions de la monarchie; vainement les gens du roi appelaient-ils à l'appui de leurs doctrines les considérations le plus en vogue à cette époque (2), ils ne parvenaient point à persuader les possesseurs des rivières de la nécessité de s'en dessaisir. Les seigneurs et les particuliers continuaient leurs jouissances de toute sorte :

« Nonobstant ce qui a été dit ci-dessus, ajoute Bacquet, » n° 17, nous voyons ordinairement qu'aux seigneurs justi- » ciers et féodaux appartiennent les fleuves publics et rivières » navigables qui sont au dedans de leurs hautes justices et de » leurs fiefs... »

« En France, dit Charondas, plusieurs fleuves et rivières, en-

(1) Des droits de justice, ch. 30, n° 3 et 4.

(2) Voy. le commentaire de l'ordonnance de 1669; l'art. 41. du tit. 17 est justifié par des vers de Virgile et d'Ovide et même par la lettre de Sénèque que j'ai citée *suprà*, n° 23. De même on invoquait ce vers :

Si canimus silvas, silvæ sint consule dignæ,

pour prouver que le roi, remplaçant les consuls, était juge souverain de toutes les forêts ; on peut voir aux Quest. féod., p. 211, qu'Hévin était obligé de réfuter sérieusement ces arguments produits par l'agent du domaine, et d'autres de même force, déduits des historiens et des capitulaires. Au surplus, non-seulement les domanistes invoquaient des considérations absurdes et des législations étrangères, mais encore ils dénaturaient ces lois mêmes qu'ils appelaient à leur aide. Ainsi, des lois romaines, qui donnaient à chacun l'usage des fleuves publics, ils concluaient qu'au roi seul appartenaient et les fleuves et leurs produits et les attérissements, ce qui était formellement contraire aux lois invoquées (V. *suprà*, n° 28). Les lois lombardes n'étaient pas plus favorables au droit exclusif du domaine, car Balde, et après lui tous les jurisconsultes italiens et notamment Cœpola dans son *Traité des servitudes*, ch. 31, enseignaient que *flumina dicuntur esse imperatoris* UNIVERSALITER, *sed* IN DOMINIO PARTICULARI SUNT LOCORUM VICINORUM. Nous connaissons déjà la doctrine des droits universels et des droits spéciaux. V. *suprà*, n° 176.

» core que navigables, appartiennent à quelques *seigneurs par-*
» *ticuliers, ou communautés*, et non au roi ou domaine, qu'on
» ne laisse de nommer publics, à cause de la navigation. Au
» contraire, au roi appartiennent quelques rivières qui ne sont
» navigables (1). »

Des tentatives étaient faites néanmoins auprès de l'autorité judiciaire; Chopin rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, de 1493, qui maintient provisionnellement le roi, contre l'archevêque de Lyon, dans la propriété des îles du Rhône; mais, sur l'exécution, un arrêt du parlement de Paris, du 20 octobre 1536, maintint au contraire le même archevêque de Lyon en possession provisionnelle (2).

Enfin, des lettres patentes de 1572 ordonnèrent de réunir au domaine les îles et attérissements de la Seine et autres fleuves navigables; le principe de la propriété des îles était énoncé, mais non celui des fleuves mêmes; il était fait réserve du titre contraire, et Bacquet nous apprend que les possesseurs justifièrent de leurs droits, ce qui signifie que les lettres patentes ne reçurent pas d'exécution (3).

382. Il est donc bien évident qu'aucun principe de droit public, propre et appartenant aux institutions de la monarchie française, n'attribuait au domaine royal la propriété des grandes rivières; rien ne les distinguait des petites, et avec celles-ci, comme avec les moindres ruisseaux, elles étaient parties intégrantes du domaine privé où les avait placées la révolution du dixième siècle. Les seigneurs et leurs concessionnaires à quelque titre que ce fût les possédaient comme le roi possédait sa couronne; les droits de chacun dérivaient d'une même origine, d'une même source, et nul ne pouvait prétendre les siens plus anciens et plus généraux.

Cette vérité était reconnue de tous les jurisconsultes sérieux;

(1) Observations mémorables, v° *Eaux*.
(2) *Du domaine*, liv. 1, tit. 15, n° 2.
(3) *De la justice*, ch. 30, n° 9.

mais, à côté des enseignements de l'histoire, s'élevaient les besoins des populations, les exigences du commerce et l'intérêt public qui fera toujours des rivières navigables l'objet d'une jouissance commune. Les légistes demandaient hautement un droit nouveau, s'appuyant des paroles de Cicéron : *Antiquitas suo loco relinquenda est et novitas amplectenda si spem afferat uberioris fructûs* (1). La puissance de Louis XIV répondit à ce vœu :

L'ordonnance de 1669 porta :

Tit. 27, art. 41 : *Déclarons la propriété* de tous les fleuves et rivières portant bateaux de leur fonds, sans artifice et ouvrages de mains, dans notre royaume et terres de notre obéissance, *faire partie du domaine* de la couronne, nonobstant tous titres et possessions contraires, *sauf les droits de pêche, moulins, bacs et autres usages que les particuliers* peuvent y avoir *par titres et possessions* valables, auxquels ils seront maintenus. »

Remarquez qu'il n'est pas dit un mot des seigneurs ; cette loi d'expropriation, qui foule aux pieds tous titres ou possessions contraires, ne reconnaît de droits *d'usage* qu'aux mains des *particuliers ;* ainsi, c'est comme particuliers que les seigneurs eux-mêmes auront à faire valoir leurs droits conservés.

L'histoire de cet article fameux n'a jamais été faite et elle est curieuse ; en lisant les écrits des domanistes, il semble qu'il ait suffi pour approprier le roi de tous les droits des rivières et, comme ils le disent d'après la règle lombarde, de toute l'utilité provenant du fleuve et de son cours : il est loin d'en être ainsi.

La puissance du droit et de la possession fut plus grande encore que celle de Louis XIV, et la despotique et impérieuse appropriation de l'ordonnance se réduisit d'abord à une tentative d'impôt, puis à peu près à rien du tout.

Un premier édit, d'avril 1683, constate l'inexécution de l'article 41 ; cet édit commence par une magnifique proclamation : « Comme les grands fleuves et les rivières navigables *appar-* » *tiennent en pleine propriété* aux rois et aux souverains, *par*

(1) *In Verrem.* Voy. Salvaing, t. 2, p. 66.

» *le seul titre de leur souveraineté*, tout ce qui se trouve ren-
» fermé dans leurs lits, comme les îles, péages, bacs, pêches....., » nous appartiennent. » Puis le récit des ordonnances qui supposent ce principe et dont j'ai parlé ; enfin l'aveu des résistances : « Mais comme, *ensuite des remontrances* qui nous en auraient » été faites, nous aurions bien voulu nous relâcher quelque » chose des droits que nous y avions par le titre de notre cou- » ronne en faveur de ceux qui en jouissaient.... sans autre » réserve.... que d'une modique redevance par forme de re- » connaissance.... à ces causes : confirmons en la PROPRIÉTÉ, » POSSESSION et JOUISSANCE *des îles, ilots, attérissemens, accrois-* » *semens, droits de pêche, péages, passages, bacs, bateaux,* » *ponts, moulins* et AUTRES *édifices* et DROITS *sur les rivières* » *navigables* dans l'étendue de notre royaume, *tous les proprié-* » *taires* qui rapporteront des titres de propriété authentiques, » faits avec les rois nos prédécesseurs, en bonne forme, aupa- » ravant l'année 1566, c'est à savoir, *inféodation, contrats* » *d'aliénation et engagemens, aveux et dénombremens qui* » *nous auront été rendus.* »

A l'égard des communautés religieuses, l'édit exigeait le titre de la donation royale ; pour ceux qui ne justifieraient que d'une possession sans trouble commencée avant 1566, le roi les confirmait dans leurs jouissances, à la charge de payer une redevance fixée au vingtième du revenu des droits possédés.

L'acte royal se termine ainsi : « Dérogeons pour cet effet, au- » tant que de besoin, à toutes lois, ordonnances et coutumes con- » traires (1) ; » parmi lesquelles figure nécessairement l'art 41 de l'ordonnance de 1669.

L'ordonnance nouvelle exigeait des possesseurs, des actes d'inféodation, des aveux et des engagements antérieurs à 1566, sur la foi des feudistes domaniaux dont les systèmes historiques affirmaient au roi que toutes les possessions de ses sujets relevaient de lui en fief ; que cette inféodation surtout était incontestable à l'égard des grandes rivières ; qu'en conséquence, tout posses-

(1) Isambert, t. 19, p. 425.

seur légitime d'un droit de cette nature devait pouvoir justifier de l'inféodation, soit par le titre primitif, soit par le renouvellement de ce titre opéré à chaque mutation de vassal, ainsi qu'il était très exactement pratiqué pour toutes les terres féodales du royaume. Mais la réalité vint démentir hautement ces doctrines imaginaires. Les jouissances innombrables et de toute espèce qui couvraient les rivières navigables avaient réellement, ainsi que nous le savons, pour origine, des concessions fiscales de droits de justice ou de propriété, mais faites pour la plupart *in integritate*, ou *cum emunitate;* sept ou huit siècles en avaient dévoré les titres que jamais des aveux n'avaient renouvelés, du moins à l'égard du roi, parce que le lien féodal ne les avait jamais rattachés à son domaine. D'autres, et c'était peut-être le plus grand nombre, devaient la naissance à l'abus des seigneurs, au trouble et au désordre, et à mille causes illégitimes dont j'ai tracé l'histoire. Lorsque l'ordonnance descendit des hauteurs de la fiction domaniale à la réalité de la pratique, la vérité se fit jour, et l'on ne trouva ni aveu, ni déclaration, ni aucun acte ayant nature d'inféodation de la part du roi.

Il fallut bien encore se départir d'une exigence fondée sur une idée fabuleuse; un nouvel édit de 1693, considérant qu'à la suite des poursuites faites en conséquence de l'ordonnance de 1683, « il ne se trouvait presque aucun desdits détenteurs qui pût » rapporter des titres conformes à ladite déclaration, nous avons » jugé à propos, pour terminer entièrement cette recherche à » l'égard de tous les biens et droits compris dans les déclarations de 1668 et 1683, d'en assurer la possession auxdits » possesseurs et détenteurs, comme aussi d'affranchir desdites » redevances lesdits biens qui s'en trouvent chargés (1). »

Ainsi, en définitive, l'appropriation prononcée par l'ordonnance de 1669, par suite d'abrogations successives, se trouvait réduite à la proclamation d'un principe à l'égard de la propriété, à des jouissances domaniales partout où les possessions privées

(1) Isambert, t. 20, p. 210.

n'étaient pas établies, et à la police des rivières et de la navigation (1).

383. Relativement aux petites rivières et à tous les cours d'eau ne portant pas bateau de leur propre fonds, exceptés de l'appropriation royale par l'art. 41 de l'ordonnance de 1669, on ne trouve nulle part de prétention élevée par le domaine à la propriété. Un édit d'octobre 1694 eut pour objet de soumettre à une redevance diverses prises d'eaux faites dans des petites rivières des justices et domaines du roi, ou conduites à travers des chemins publics (2). Il est facile de reconnaître dans cette disposition l'essai d'une ressource financière plutôt que l'établissement d'un droit de propriété.

Il est remarquable que les édits d'août 1708 et de mai 1724 (3) contiennent une énumération étendue des droits et possessions tant du grand que du petit domaine, et qu'on n'y voit figurer les petites rivières sous aucun rapport. Néanmoins, M. Rives cite diverses lettres patentes de Louis XIV et de Louis XVI, relatives à des rivières et ruisseaux rendus navigables, dans lesquels sa majesté quitte, délaisse, transporte, sans réserve *ni condition*, aux concessionnaires, le fonds et tréfonds de ces rivières et ruisseaux; éteint et supprime les droits de péage et de pêche. Ce magistrat induit implicitement de ces dispositions que le roi était propriétaire des rivières qu'il concédait ainsi *sans condition*.

A cette observation je répondrai :

1° Qu'Henrion de Pansey, examinant le sort légal des petites rivières rendues navigables par artifice de mains, décide qu'en vertu de l'ordonnance de 1669, le propriétaire conserve la propriété du lit et du fonds; le roi n'acquérant que l'administration;

---

(1) Les édits de 1683 et 1693 sont inaperçus dans les livres domaniaux. Henrion de Pansey est le premier qui ait relevé l'édit de 1683; il ne parle point de celui de 1693. *Dissert. féod.*, v° *Eaux*, § 2.

(2) Isambert, t. 20, p. 229.

(3) Anc. répert., v° *Domaine*.

2° Que cet auteur ajoute : « Pour les moulins, ainsi que pour » les droits de pêche, de bacs et de péage, dont la suppression » est jugée nécessaire, il *est dû une indemnité au seigneur* » (propriétaire), et même cette indemnité doit être payée avant » que les ouvrages fussent commencés; cette condition est » écrite dans les lettres patentes récemment données pour » rendre la rivière d'Aisne navigable; et *il faut la suppléer* » *dans toutes* (1); »

3° Que ces décisions du savant feudiste sont justes et conformes aux principes des ordonnances.

Comment supposer, avec M. Rivés, que l'art. 41 de l'ordonnance de 1669 ait eu ce singulier effet d'attribuer au domaine un droit moindre sur les rivières qu'il déclarait propriété de l'État que sur celles qu'il exceptait virtuellement de l'appropriation; et qu'alors que, dans les rivières navigables, le roi a dû respecter la possession des îles, attérissements, bacs, péages, droits de pêche et *autres droits*, il a pu légalement dépouiller, sans indemnité, de ces mêmes droits les, possesseurs des rivières non comprises dans l'art. 41 ? De ce que les lettres patentes passées entre l'État et les concessionnaires ne mentionnent pas l'indemnité due au propriétaire de la rivière, il ne s'ensuit pas qu'il n'y en ait point eu. Soutiendra-t-on que les propriétaires des terres riveraines ou voisines, occupées par le lit nouveau, pour élargissement, redressement et changement de direction, n'ont pas reçu d'indemnité? Ce serait alors une odieuse spoliation que constateraient les lettres patentes, et non un point de droit; cependant les concessionnaires en sont également appropriés *sans condition.*

La législation des eaux et forêts, sous l'ancien régime, constituait une immense expropriation sous prétexte d'utilité publique; le domaine, en invoquant l'intérêt général, s'était successivement emparé, autant qu'il avait pu, de tous les emoluments des grandes rivières et des eaux et forêts du royaume; mais si l'on examine attentivement les dispositions des ordon-

(1) *Dissertations féodales*, v° *Eaux*, § 3.

nances, on reconnaîtra que l'envahissement était bien plus avancé à l'égard des forêts qu'à l'égard des eaux privées; les églises, communautés et paroisses ne pouvaient en aucune façon disposer de leurs bois, et quant aux particuliers, le mode de jouissance, de culture et d'exploitation leur était expressément imposé; ils ne pouvaient ni les couper, ni les défricher, ni les vendre sans autorisation; il en était même ainsi des pieds d'arbres épars que la loi ne permettait pas d'abattre sans l'avis des officiers du roi (1). Ces interdictions étaient le résultat de mesures successives dont le but constant avait été l'appropriation absolue de l'État, de tous les bois du royaume. « Les prés, » vignes et terres, disait Saint-Yon, sont *de droit particulier*, » tellement qu'un chacun seigneur en peut user comme bon lui » semble; mais les bois sont *juris publici* (2). » Jamais rien de semblable n'avait été tenté à l'égard des petites rivières, et cependant, il serait insoutenable de prétendre aujourd'hui que les nombreuses servitudes dont les bois étaient grevés et qui pèsent sur eux encore en partie (3) aient jamais attribué à l'État un principe de propriété sur ces biens.

384. A l'égard des seigneurs justiciers, leur pouvoir primiti se trouva définitivement réduit à un souvenir. Le droit de faire des règlements de police leur avait été complètement enlevé par l'ordonnance de 1669, même à l'égard des eaux et forêts de leur propre domaine; le droit des rivières ne reconnaissait qu'au roi le pouvoir administratif; la justice seigneuriale en était complètement dépouillée.

Relativement à la connaissance des délits, un édit de 1715, confirmatif de l'ordonnance de 1669, portait :

« Nos officiers des eaux et forêts exercent sur les eaux et forêts des prélats et des autres ecclésiastiques, chapitres, communautés régulières, séculières

(1) Voy. tout le titre 16, intitulé *Des bois appartenant aux particuliers*, et la jurisprudence rapportée sur ce titre au commentaire de Gallon,

(2) Cité par Fréminville, t. 3, p. 216.

(3) Voy. le Code forestier.

et laïques de notre royaume, la même juridiction qu'ils exercent sur les nôtres... Et à l'égard des usages, abus et malversations qui concernent les eaux et forêts qui appartiennent aux seigneurs laïcs *ou autres particuliers*, les maîtres des eaux et forêts en connaîtront pareillement, sans qu'ils en aient été requis, lorsque les propriétaires desdites eaux et forêts auront eux-mêmes commis les délits. »

Ainsi, les seigneurs justiciers eux-mêmes étaient justiciables des juges royaux à l'égard de leurs propres eaux. Déjà la coutume de Bourbonnais avait attribué au juge royal, à l'exclusion de celui du seigneur, la connaissance « des rivières (n° 260). » La justice seigneuriale était donc à peu près anéantie à l'égard des cours d'eau, et pourtant on ne voit pas qu'aucun changement se soit manifesté dans ses autres droits sur les rivières ; on ne voit pas que les priviléges réservés aux seigneurs justiciers par les coutumes aient été amoindris ou transmis au domaine qui les remplaçait dans l'exercice du droit de commandement. Il est donc évident que, dans le système de nos institutions, aucun lien n'existait entre le pouvoir public et la jouissance des petites rivières; les droits justiciers sur les eaux courantes n'étaient pas la compensation des charges de la justice.

C'est encore une supposition chimérique et purement spéculative que celle d'un domaine public aux mains des seigneurs justiciers; le domaine, en France, n'a jamais été constitué qu'à l'égard de la couronne; c'est relativement aux biens possédés par le roi qu'une législation spéciale a créé les règles de droit public attribuant à la nation la propriété de certains objets. Jamais rien de semblable n'a été promulgué à l'égard des possessions justicières; au contraire, c'est pour eux et contre eux qu'était proclamée la maxime que nul n'a de fisc si ce n'est le roi.

L'idée d'un fisc justicier n'a paru que dans le procès relatif aux vacants; quelques jurisconsultes, dans une pensée d'analogie, cherchèrent à supposer aux justiciers un domaine à l'instar du domaine royal; mais ce système ne pouvait se soutenir. Quelle suite de lois, quels efforts obstinés n'a-t-il pas fallu pour voir un domaine public distinct du domaine royal dans les possessions du roi de France! Quelle est la coutume, la loi, l'ordonnance qui parle du domaine public justicier?

Sans doute, les confiscations, déshérences, amendes judiciaires, péages et autres bénéfices de la justice seigneuriale, avaient une origine fiscale; mais la patrimonialité avait pénétré ces possessions de sa nature; c'était précisément l'effet de ce principe essentiel aux justices seigneuriales d'avoir rendu privés tous les droits autrefois publics et de les avoir dépouillés de ce caractère primitif. C'est le résultat de l'appropriation des justices; c'est celui de la révolution du dixième siècle; de cette révolution à celle du dix-neuvième, qui a dépouillé les seigneurs de ces éléments d'origine fiscale, il n'en est point qui les ait constitués simples dépositaires, de maîtres absolus qu'ils étaient.

Il n'est pas permis d'interpréter les institutions qui ne sont plus par des idées qui sont les nôtres; jamais le seigneur justicier ne s'est cru l'administrateur des droits de sa justice; jamais ses contemporains ne lui ont reconnu le caractère d'usufruitier de ses profits utiles. A ses yeux et aux yeux de tous, il en était propriétaire absolu, et il en disposait librement comme des biens les plus privatifs de son domaine. La législation de l'ancien régime ne comprenait que deux systèmes, la propriété domaniale et la propriété privée; tout ce qui n'était pas régi par les lois de l'une était soumis aux lois de l'autre; le roi possédait les forteresses du royaume, comme il en possédait les rivières navigables; de même le justicier possédait tous les émoluments de sa justice, comme il possédait son château.

§ VI.

DES TITRES. — DE LA POSSESSION. — DE LA JURISPRUDENCE.

SOMMAIRE.

385. Des formules en général.
386. Des formules de Marculfe.
387. Des formules diverses.
388. Des titres réels.
389. Des concessions fiscales.
390. Possession des rivières au treizième siècle.
391. Règles générales de l'inféodation.
392. Des coutumes.
393. Des arrêts.
394. Des accensements.
395. Résumé.

385. Depuis le Code civil, c'est-à-dire depuis environ un demi-siècle, en présence des agents du domaine public et de lois nombreuses sur le régime des eaux, les particuliers vendent, échangent, partagent, afferment, possèdent, transmettent héréditairement les cours d'eaux avec les terres qu'ils traversent, les champs qu'ils arrosent, ou les usines qu'ils font mouvoir. Ce fait est patent, public, incontestable. Henrion de Pansey constatait le même fait en 1789: « Les rivières sont absolument dans » le commerce; le propriétaire peut les vendre, les donner, les » échanger, les affermer, etc.; *cela se voit tous les jours* (1). »

---

(1) *Dissert. féodales*, v° *Eaux*, § 8.

Eh bien, ce qui se voyait tous les jours en 1789, ce qui se voit encore actuellement tous les jours, je vais montrer que, de la domination romaine aux lois abolitives de la féodalité, on n'a pas cessé de le voir également tous les jours.

Je puiserai la preuve authentique de cette possession privée des eaux courantes, pendant quinze siècles, dans les formules, dans les chartes, dans les actes particuliers, dans les titres féodaux, dans les textes coutumiers, enfin dans la jurisprudence des arrêts.

« Les formules, dit Henrion de Pansey, sont les images des » actions; elles sont calquées sur les lois, du moins sur l'usage » le plus général. » Rien n'est plus propre, en effet, à faire exactement connaître le droit d'une époque que les formules adoptées pour la rédaction des contrats; dans tous les temps, les rédacteurs des actes ont eu des modèles pour toute espèce de conventions, et nous voyons, par ce qui se passe aujourd'hui, avec quel scrupule ces modèles sont suivis. A la conformité presque absolue des dispositions de même nature, il semble que tous les contractants aient exactement voulu la même chose, tant l'instrument de leurs obligations est identique. Cette rédaction uniforme offre l'avantage notable de jeter dans la pratique des éléments presque invariables de droit et de principes, car si la formule ne se plie pas aux volontés diverses des parties, il faut bien que celle des parties se conforme aux expressions de la formule.

Ces modèles, en outre, ne contiennent que des clauses reconnues valables et respectées par l'autorité chargée de faire exécuter les engagements privés. Ils offrent donc l'expression certaine et consacrée du droit dans la pratique et des principes en action.

Nous possédons plusieurs recueils de form les, antérieurs à l'établissement général du contrat de fief. Le moine Marculfe, vivant au septième siècle (1), nous a laissé les modeles de toutes les conventions en usage à cette époque, probablement aussi bien auparavant, et certainement longtemps après.

(1) Voy. les notes de Bignon sur les formules de Marculfe. Baluze, t. 2, p. 864

Les opinions ne sauraient être divisées sur l'utilité de ces formules, sur leur authenticité, et surtout sur la fidélité du commentaire qu'elles offrent de la législation en vigueur au temps où elles étaient suivies. Les lois germaines qui ont régi pendant plusieurs siècles les nations diverses, établies sur le territoire de la Gaule n'ont pas d'interprète plus lumineux et plus sûr; on peut en outre y puiser de précieux renseignements sur la législation romaine, sur l'empire qu'elle exerçait encore, et sur son influence à l'égard des conventions.

Non-seulement ces modèles nous font connaître la nature des contrats et la forme des stipulations en pratique, mais encore, ce qui est bien plus important pour le but que nous devons atteindre, ils mettent sous nos yeux le détail fort circonstancié de tous les objets qui composaient alors la propriété, et sur lesquels il était permis de stipuler. Ainsi, les actes translatifs comportent l'énumération complète de toutes les choses transmises : le vendeur, testateur ou donateur transporte tout ce qu'il possède, *in integritate, cum terris, domibus, ædificiis, accolabus, mancipiis, vineis, silvis, campis, pratis, pascuis,* AQUIS AQUARUMVE DECURSIBUS, *adjacentiis, appenditiis, vel omni merito et termino... ut ab hâc die habendi, tenendi, vel quidquid exindè elegeris faciendi liberam in omnibus habeas potestatem* (1). Évidemment le vendeur mettait sur la même ligne ses terres, ses maisons, ses prés, ses champs, ses eaux mortes et *ses eaux courantes.* A ses yeux, la nature de son droit était la même, et le jurisconsulte, rédacteur des formules, considérait tous ces objets comme étant également *in possessione*, *in proprietate* de celui qui se dépouillait, de même que l'acquéreur devait avoir sur le tout sans distinction, *habendi*, *tenendi*, *quidquid elegerit faciendi potestatem.*

886. L'indication des eaux vives et courantes se trouve exprimée dans tous les actes translatifs de la propriété d'un fonds :

---

(1) Marc., lib. 2, form. 19.

dans les ventes (1), échanges (2), cessions (3), donations (4), testaments (5), actes de bail ou de précaire (6), constitutions de dot (7), libéralités entre époux (8), etc., quelle que soit l'origine du bien, *tàm de alode quàm de comparato*; tantôt il s'agit de domaines qu'on peut supposer considérables, *terras, omnia quœ possideo*; tantôt d'une propriété déterminée, *villa* (9); tantôt d'un bien particulier, *locum* (10); d'une part indivise, *portionem meam* (11); d'un très petit domaine, *locellum* (12), *aliquas res* (13), *donatio de parvâ re* (14).

Il en est une surtout qui mérite attention, en ce qu'elle fait connaître à la fois quels étaient, au septième siècle, les titres ordinaires d'acquisition, et quels éléments constituaient la propriété foncière : c'est un acte d'administration publique, fréquent alors sans doute, par lequel le roi confirme dans ses propriétés un individu dont les titres ont été brûlés.

« Fidelis noster, ille, clementiæ regni nostri suggessit eò quòd » ante hoc annos exercitus noster aut illius regis, domum suam » vel res quamplures unà cum strumenta chartarum, tàm quod » regio munere perceperat, quàm et de diversis partibus per vendi- » tiones, donationes, cessiones, commutationes adtraxerat, vel » quidquid in pago illo, vel loca nuncupantia illa possiderat in » incendium fuisse crematum, undè relationem sub testifica-

(1) Marc., lib 2, f. 19; Sirm., f. 37.
(2) Sirm., f. 26.
(3) Sirm., f. 36; Lindemb., f. 17.
(4) Marc., lib. 2, f. 3, 6; nov. coll., f. 7, 27; Sirm., f. 1.
(5) Lindemb., f. 72; Sirm., f. 35; Marc., lib. 2, f. 10.
(6) Lindemb., f. 20.
(7) Sirm., f. 75.
(8) Marc., lib. 2, f. 7.
(9) Marc., lib. 2, f. 3; Lindemb., f. 73; Sirm., f. 35.
(10) Sirm., f. 36, 37.
(11) Marc., lib. 2, f. 6; Lindemb., f. 17.
(12) Sirm., f. 26.
(13) Lindemb., f. 20.
(14) Marc., lib. 2, f. 6.

» tione bonorum hominum cognovimus recensendam, omnes res
» suas vel strumen'a perisse; præcipientes ergò jubemus ut quid-
» quid memoratur ilie, sicut usque nunc tàm de terris, domibus,
» accolabus, mancipiis, libertinis, vineis, pratis, silvis, AQUIS
» AQUARUMVE DECURSIBUS, vel reliquis quibuscumque benefi-
» ciis, usque ad præsens, cum æquitatis ordine quietus possedit,
» et ità deinceps in jure et dominatione ejus permaneat.... (1). »
Remarquons, enfin, que ces formules n'étaient pas affectées à une classe particulière de citoyens; c'étaient des modèles uniformes dans lesquels le droit de contracter seul est pris en considération, et la qualité de propriétaire seule détermine la possibilité de transmettre les terres et avec elles les eaux qui peuvent les arroser.

387. Les formules de Marculfe ne sont pas les seules qui nous aient été conservées; diverses autres collections de la même époque nous font connaître le style des actes en usage, notamment les formules angevines (2); on y trouve la même énumération des éléments de la propriété foncière, et parmi ces éléments les eaux courantes, *aquæ aquarumque decursus*. La clause la plus ordinaire du détail des choses transmises est celle-ci : *Casam cum curte circumciente, mobile vel immobile, vineas, silvas, prata, pascuas*, AQUAS AQUARUMVE DECURSUS, *junctas et sub-*

(1) Sirm., f. 27. Trad. : « Notre fidèle un tel a exposé à notre clémence que » dans les années dernières notre armée ou celle du roi un tel incendia sa maison, » ce qu'elle contenait, et les actes et titres, tant de ce qu'il avait reçu de notre mu- » ficence que de ce qu'il avait acquis en divers lieux par ventes, donations, cessions » échanges, et de tout ce qu'il possédait tant dans ce bourg que dans d'autres en- » droits indiqués. Nous avons reconnu, d'après le témoignage d'hommes nota- » bles, que toutes ses possessions mobilières et tous ses titres avaient péri, ainsi » qu'il nous l'a exposé; c'est pourquoi nous ordonnons que tout ce qu'il nous » a détaillé comme en ayant joui paisiblement jusqu'à ce jour, en terres, mai- » sons, laboureurs, serviteurs, affranchis, vignes, prés, forêts, *eaux, cours* » *d'eaux* et autres possessions quelconques, continue de lui appartenir en » droit et en propriété, et qu'après cette présente déclaration il tienne et pos- » sède sans trouble et puisse transmettre à sa volonté. »

(2) M. de Rozière en a récemment donné une édition complète dans l'*Histoire du droit français* de M. Giraud, t. 2. p. 433.

juncta. Comme dans les formules de Marculfe, elle s'applique à tous les actes translatifs de propriété immobilière : cession entre époux, 1, § 3; constitution de bénéfice à titre viager et d'une petite propriété, *locello cognomenante*, moyennant un cens, 7: donation par un père à son fils, de la maison paternelle, *de mansello nostro*, 36; autre donation, *omnes res meas quem in præsente seculo habere videor*, 57.

Ces formules sont peut-être plus décisives encore que les précédentes, parce que la plupart paraissent avoir été copiées sur des actes réels, et qu'en conséquence elles ne contiennent les eaux courantes que lorsqu'il en existait réellement sur les terres transmises. Elles offrent aussi cela de remarquable qu'elles sont plus exclusivement privées et qu'il est évident qu'elles ont été faites pour l'usage de simples particuliers et de possessions soumises aux conditions générales de la propriété la moins étendue.

388. Si des formules abstraites nous passons aux titres réels, nous retrouvons partout la clause énonciative des eaux courantes dans les termes précis des formules. Je ne puis, à cet égard, que renvoyer le lecteur aux nombreux recueils d'actes des temps contemporains des deux premières races; il lira, dans tous ces actes, la disposition de style : *aquæ aquarumque decursus*. En citer un grand nombre, ce serait transformer cet ouvrage en collection, et ce n'est pas son but; l'indication de quelques-uns, d'ailleurs, conduit au même résultat.

C'est, en effet, une condition incontestable et trop peu étudiée, que l'uniformité qui couvre tous les contrats d'une même époque; en voir un, c'est les voir tous. Les besoins qui déterminent les stipulations tiennent ordinairement à des causes générales dont l'action individuelle doit naturellement être la même; le penchant instinctif d'imitation auquel cède facilement le plus grand nombre, et l'ignorance des redacteurs, qui, peu confiants dans leurs propres lumières, consultent les plus habiles et reproduisent exactement ce qu'ont fait ceux-ci : telles sont les considérations auxquelles il faut rattacher l'identité presque absolue des titres de même nature, identité tellement remarquable,

qu'une clause de plus ou de moins désigne quelquefois l'époque à laquelle ils appartiennent.

An 925 : *Elidelindis cessio ad ecclesiam Brivatensem.*

« .... Ego Elidelindis.... cedo ipsi cassæ Dei aliquid de rebus » proprietatis nostræ quæ ex conquestu nobis venerunt.... » Sunt autem ipsæ res in comitatu Brivatensi, in vicariâ Cantil- » lianense, in villâ quæ vocatur Mageladetus. In ipso loco cedo » Deo sanctoque Juliano.... massos tres cum curtis, hortis, » exiis, adjacentiis, campis, pratis, silvis, *aquis aquarumque* » *decursibus*, totum quod ibi visi sumus habere vel possi- » dere.... (1). »

J'ai choisi cet acte parmi beaucoup d'autres, parce qu'il confirme la possession des eaux courantes dans les mains d'un simple propriétaire, dans le domaine le plus restreint (*massus*). Remarquez que la possession est en vilenage, *in villâ*, et située dans le territoire d'une vicairie ; la qualité de la terre, son peu d'étendue, la domination du vicaire et celle du comte, ne sont pas un obstacle à la propriété et à la libre transmission du cours d'eau. Cependant cet acte est du dixième siècle et alors les appropriations seigneuriales, les banalités des rivières, et les abus de puissance des justiciers de toutes classes, étaient à l'apogée de leur action ; c'est alors que la royauté succombait devant eux, et que l'oppression du domaine privé soulevait les populations spoliées des jouissances du sol et de leurs libertés (2).

Je me bornerai à cet acte, affirmant qu'il en existe une mul-

---

(1) Baluze, t. 2, p. 1531. Trad. : « Moi, Élidelindis, je cède à ladite maison de Dieu une partie de la propriété que j'ai acquise. Cette propriété est située dans le comté de Brivates, dans la vicairie de Cantillian, au village nommé Mageladet. Dans ce lieu, je cède à Dieu et à saint Julien trois petits domaines (*massos*), avec leurs cours, jardins, issues, dépendances, champs, prés, bois, eaux, eaux courantes (*aquis aquarumque decursibus*), et tout ce que nous avons et possédons... »

(2) L'énonciation des eaux courantes se rencontre jusque dans les titres de possessions serviles : *Trado...* SERVUM *unum et* MANSUM *in quo ipse manet*, CUM SORTE SUA, *hoc est cum terris, campis, cultis et incultis*, AQUIS ET AQUARUM DECURSIBUS (Cod. Lancisham, cité par Climrath, t. 1, p. 448).

titude dans les recueils, indicatifs du même fait, savoir : la propriété des eaux courantes dans le domaine privé. Cette circonstance a frappé presque tous les jurisconsultes qui ont parcouru ces recueils.

M. Pardessus, dans son savant commentaire sur la loi salique : « Des documents trop nombreux pour que je puisse les » citer déclarent que des biens sont donnés, vendus avec les » eaux et les cours d'eaux, *cum aquis aquarumque decursi-* » *bus* (1). »

M. Rives lui-même : « Toutes les collections historiques sont » remplies de chartes d'aliénation des eaux et des cours d'eaux : » *cum aquis aquarumque decursibus* (2). »

Si, des actes translatifs des cours d'eaux, nous arrivons aux possessions diverses et aux usages particuliers auxquels ils sont propres, nous trouvons les mêmes enseignements.

En effet, les documents fourmillent qui montrent des jouissances et des transmissions privées de moulins et de pêcheries avec la rivière qui les fait mouvoir ou les contient : le polyptique de l'abbé Irminon, si précieux sous le rapport des conditions de la propriété au moyen âge, nous apprend que l'abbaye de Saint-Germain possédait, dans le territoire de Villement et d'Aunai sous Crécy, vingt-deux moulins (3). Une charte de 849 porte : *Donatio quam fecit Brunardus de* ALODO *propriæ hæreditatis suæ.... trado et transfundo* DUOS MANSOS *propriæ hæreditatis meæ.... cum integritate et cum omnibus eorum appendiliis, terris cultis et incultis, pratis, et* CUM UNA MOLENDINI ARCA... (4).

Donation de 1161 : .... *Molendinum quod fratres habent super Seilam et curtem ejus molendini, abbatiam liberam cum suis clausuris,* CURSUM SEILE *per abbatiam et ejusdem aquæductum ad eorum usus necessarios....* (5).

(1) P. 555.

(2) P. 39.

(3) Guérard, t. 2, p. 76.

(4) *Ibid.*, t. 2, p. 116.

(5) *Monuments inédits de l'histoire du tiers-état*, publiés par M. Thierry, actuellement sous presse.

Tabularium Vindocinense : Dedit de terrâ suâ.... unum vivarium, et 12 *combras* (pêcheries) IN FLUMINE LEDI, *atque* 20 *fissinas in eodem flumine, quæ ponuntur ad anguillas capiendas* (1).

Apud Curcellos una masura habetur cum combris quæ sunt in flumine Ledi (2).

An 1219 : *Duo molendina in Lido, cum piscariis et combris* (3).

J'ai transcrit *suprà*, n° 76, un acte de 1064, très précieux sur le point qui nous occupe, en ce que l'évêque de Nantes dispose, parmi les objets immeubles dont les fidèles faisaient offrande à l'église, des moulins, des pêcheries et des cours d'eaux : *medietatem terrarum*, MOLENDINORUM, PISCATIONUM, AQUARUMVE DECURSUUM. Et, en effet, le recueil des titres de l'évêché constate des donations de ce genre, par des particuliers, à l'église, et datées du onzième siècle : *Ego, Constancius, dono, annuente uxore meâ, partem meam de* MOLENDINIS ERDE AQUÆ, *et de* PISCIBUS *qui de molendinis exeunt.*

Ego, Jarnogolus, per consensum meæ mulieris, dedi medietatem MOLENDINORUM *et* EXCLUSÆ, *cum medietate* PISCATIONIS *quæ sunt* IN AQUA QUÆ VOCATUR ERDA, *de nostris* PROPRIIS REBUS (4).

389. Dans tous ces actes et dans tous ceux du même genre, passés entre particuliers, je n'ai jamais trouvé ni l'expression ni la supposition d'un droit quelconque distinguant, au profit d'un tiers, comte, vicaire ou autre justicier, la jouissance des eaux courantes de celle de tout autre élément du domaine foncier.

---

(1) Ducange, v° *Olca.*

(2 et 3) Ducange, v° *Combris.*

(4) Dom Morice, *Histoire de Bretagne*, aux preuves. L'Erdre est une petite rivière retenue, à une époque fort reculée, par plusieurs chaussées sur lesquelles ont été bâtis des moulins. Nous verrons plus tard ces mêmes eaux faisant l'objet de concessions féodales et censuelles (*infrà*, n° 391).

Il est cependant un ordre de dispositions dans lesquelles la réserve des eaux courantes serait nécessairement apparente s'il eût été vrai que, selon les règles du droit public ancien, le domaine royal ou seigneurial eût joui d'une possession particulière à l'égard de cette portion du sol, ce sont les concessions faites par le roi, de terres fiscales, à des monastères ou à des particuliers. Ces attributions étaient, au contraire, en général, absolues et ne réservaient rien.

Donation de Childebert à l'église de Paris, en 518 : *Villam cellam nominatam...cum appenditiis territoriis... cultis et incultis, omnia in omnibus, totum et ad integrum quidquid ad ipsam villam respicit et fiscus noster continet*, CUM INTEGRITATE.

Donation de Clotaire II aux moines de Corbie : *Villam Corbiam... cum adjacentiis vel appenditiis suis quantum ibidem fiscus noster tenuit* AD INTEGRUM.

Donation de Charles-le-Chauve à un particulier, an 847 : *Cum omnium rerum* SUMMA INTEGRITATE... (1).

Enfin, la formule de Marculfe *De cessionibus regis : Nos illustro viro illi, promptissima voluntate, villâ nuncupante illâ, sitâ in pago illo, cum omni merito et termino suo*, IN INTEGRITATE, *sicut à fisco nostro fuit possessa...*

Dans toutes ces concessions, le roi ne se réserve rien, ni dans les éléments du droit de propriété, ni dans ceux du sol ; c'est cette transmission absolue qu'expriment ces mots, *ad integrum, in integritate, quidquid respicit, omnia in omnibus*, termes qui comprennent les eaux courantes comme toutes les autres portions du domaine, ainsi que l'explique immédiatement la formule de la cession royale : *Ut ipsa villa antedictus vir ille, in omni integritate, cum terris, domibus...* AQUIS, AQUARUMQUE DECURSIBUS, FARINARIIS..., *perpetualiter habeat concessa; ita ut* EAM JURE PROPRIETARIO *teneat, atque possideat et* SUIS POSTERIS, *aut cui voluerit...* (2).

---

(1) Dom Bouquet, t. 4, p. 622 et 642, et t. 8, p. 490.

(2) Form. 14, lib. 1. (V. *suprà*, n° 162.)

Comment prétendre, en présence de pareils actes, que les eaux courantes demeuraient la propriété particulière de l'État, ou du roi, ou du comte, ou d'une autorité quelconque? Les rivières étaient données comme les terres et les prés, comme toutes les jouissances dont elles pouvaient être l'objet. Pour compléter la démonstration de ce fait, je n'ai qu'à transcrire le travail de M. Rives :

« Les rois disposent de leur domaine et de tout ce qui en dé» pend, *d'une manière absolue*. Childebert Ier investit l'abbaye » de Saint-Vincent de son domaine d'Issi, avec la pêcherie de Van» ves, depuis le pont de la Cité jusqu'au ru de la Seurre, entrant » dans la rivière de Seine : *Hæc omnes sui rationes quæ sunt et » fieri possunt in utrâque parte fluminis, sicut nos tenemus et » nostra forestis est, tradimus ad istum locum*....En 780, Char» lemagne abandonna à l'église cathédrale d'Utrecht la rivière » nommée Lecca... Le roi Eudes donne à l'abbaye de Saint-Denis, » en 888, un hameau, un moulin et un conduit d'eau, de part et » d'autre, tant au-dessus qu'au-dessous de la rivière de Rodon... » Les rois Francs donnaient même, JURE PERPETUO, FISCUM.... » *cum piscationibus et portu navium*. Quand la donation ne con» tenait pas la totalité du territoire traversé par un cours d'eau, » l'on ne manquait point d'énoncer qu'elle s'étendait seulement » jusqu'à la rivière ou jusqu'au bord de la rivière (1). »

Assurément, si l'on joint à ces exemples ceux que j'ai indiqués *suprà*, nº 376, en voilà plus qu'il n'en faut pour démontrer, avec la dernière évidence, que les possessions fiscales sont tombées dans le domaine privé, avec tous les avantages et toutes les conditions de celles que régissait le droit commun.

Tenons donc pour certain qu'à l'avénement de la troisième race les eaux courantes, grandes ou petites, étaient, comme les terres, comme les bois, comme les prés, les vignes, les pâturages, parties essentielles et intégrantes de la propriété foncière

(1) P. 27. Les citations passées ont été déjà transcrites dans d'autres endroits de ce livre.

et privée; qu'aucun droit public ne les dominait et que si, par suite des garennes et des banalités, elles subsistaient des exceptions ou des priviléges en faveur de certains justiciers, dans certaines localités, elles partageaient cette désastreuse oppression avec tout le territoire qu'elles baignaient.

390. Nous arrivons aux temps féodaux, c'est-à-dire à l'époque où l'extinction absolue du pouvoir central avait forcé tous les possesseurs trop faibles pour se défendre eux-mêmes d'engager leurs personnes et leurs biens dans le lien féodal. C'est alors que le fief envahit, comme un vaste flot, toutes les conventions dont les terres et la propriété peuvent être l'objet; il en est peu, de cette époque, qui ne soient plus ou moins empreintes du caractère et des conditions de ce contrat. Dans cette générale inféodation du sol, que vont devenir les eaux courantes?

Les évènements qui ont fait succéder le règne des seigneurs à celui des rois du dixième siècle et donné naissance à la monarchie qui s'élève déjà puissante au treizième n'ont point enlevé au domaine privé la possession des rivières. Déjà les actes législatifs et les titres nous ont fourni cette preuve à l'égard des fleuves navigables (n° 382). On chercherait vainement dans l'histoire une cause qui ait produit un résultat différent à l'égard des moindres cours d'eau. La jurisprudence des *Olim* manifeste la jouissance des petites rivières et des ruisseaux dans les mains des particuliers; j'indiquerai seulement quelques arrêts du premier volume :

P. 175, n° 4 : Droits de pêche reconnus aux habitants de Corbeil, *in aquâ de Meleduno.*

P. 178, n° 3 : Droit de pêche adjugé à l'abbaye de Rozet, IN RIVO *qui est inter Blavam et Dyantem.*

P. 193, n° 13 : Prétention au droit de pêche par les habitants de Pierrepont, dans le cours d'eau qui alimente le moulin de Bransicort, et qui appartient au prieuré de Chantrus.

P. 285, n° 10 : Procès entre le prieur de Longy et le chevalier de Paley, sur la propriété de l'eau et de la rivière, *aqua et riparia,* du moulin de Cioseile.

P. 385, n°4 : Droit de pêche des hommes de Montatiere et Ti-

vernlac, dans le cours d'eau qui descend des moulins de Saint-Loup et de Saint-Léonard, lequel cours d'eau appartient au couvent de Saint-Léonard.

P. 434, n° 6 : Demande en bornage d'une portion du cours de la Somme, et plainte contre l'abbé de Goy, à raison d'une trop grande élévation donnée à ses écluses et pêcheries.

P. 589, n° 13 : Plainte et droit reconnu de l'abbé de Cluny, à l'occasion des troubles apportés par les gens du roi à la jouissance d'une écluse et d'un moulin.

P. 930, n° 19 : Procès entre deux possesseurs de moulins, le premier se plaignant de ce que l'établissement du second, *indebitè impediebat solitum cursum aquæ.*

P. 931, n° 21 : Eau courante reconnue commune entre le roi et le plaignant que le bailli royal voulait empêcher de pêcher : *Intellecto quòd aqua est communis regi et sibi.*

C'en est assez de ce choix, au milieu d'un plus grand nombre d'arrêts contenus dans ce volume, pour montrer l'état de possession privée où se trouvaient les eaux courantes. Évidemment, le droit qui, sous la domination barbare, plaçait les rivières dans le domaine particulier, n'avait point changé.

En nous montrant les cours d'eau dans la possession de simples particuliers, les procès nous indiquent en même temps que cette sorte de biens continuait d'exister dans le domaine des transactions privees ; c'était par la voie des acquisitions héréditaires ou entre vifs que ces possessions devaient nécessairement se transmettre. Et, en effet, les actes de cette époque comprennent encore expressément les *decursus aquarum*, moins fréquemment que dans les siècles précédents, par suite des règles propres à la concession féodale.

391. Cette convention était alors la plus fréquente de toutes celles qui peuvent avoir pour objet la propriété foncière. Elle succédait, comme nous le savons, aux concessions précaires des premières races, le bénéfice et la recommandation. Ces dernières emportaient au profit du possesseur la jouissance des eaux courantes, et, à l'égard de l'appropriation des bénéficiaires, la clause du *decursus aquarum* était indiquée dans les formules, absolu-

ment comme dans les transmissions *jure proprietario* (1).

Cette condition des concessions des premières races dut se retrouver dans les contrats qui plus tard remplacèrent les bénéfices et la recommandation, savoir, le fief et la censive. Et, en effet, dans les dispositions féodales les eaux courantes suivent constamment le domaine utile; leur jouissance passe successivement du suzerain au dominant, du dominant au vassal, du vassal au censitaire, et du censitaire à l'emphytéote, comme condition essentielle de toute exploitation territoriale; une multitude d'actes de cette espèce contiennent l'indication translative des *aquarum decursus*.

Cependant l'énumération complète des éléments de la propriété foncière cessa d'être générale dans les actes des douzième et treizième siècles; on la retrouve assez encore fréquemment, mais non toujours. Les actes d'inféodations, les aveux, les polyptiques ou terriers, sont peu détaillés du onzième siècle au quatorzième. La clause énumérative des formules est remplacée par ces expressions : *cum omnibus adjacentiis et pertinentiis*. Le détail des actes antérieurs à cette époque avait pour cause l'absence d'un principe déterminant des objets compris naturellement dans la transmission d'un immeuble ; plus tard, les jurisconsultes constituèrent ce principe, et l'énumération devint superflue.

Les ouvrages des plus anciens feudistes tracent des règles générales sur la contenance présumée des concessions; ainsi Balde, Bartole, et après eux Cœpola, constatent que le simple bail ou l'emphytéose d'une terre ne comprennent pas l'usage exclusif des eaux courantes: *Si dominus locavit villam, vel castellum, vel territorium, non videtur locare flumina vel rivos aquarum, nisi in quantum aqua expediens est ad culturam et de residuo poterit uti dominus* (2).

---

(1) Voy. Marculfe. form. 27, 28, 41 et 42 ; Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, v° *Chemin*, § 2, et Laboulaye, *De la propriété*, p. 293.

(2) *De servitut.*, tract. 2, cap. 31, n° 10.

Les aveux cités *suprà*, n° 45, sont conformes à cette règle et rappellent la réserve du seigneur concédant, soit expresse, soit implicite.

Mais, à l'égard des inféodations proprement dites, les rivières étaient comprises dans les éléments du domaine concédé, comme dans les ventes et dans les donations. C'est ce qu'ajoute immédiatement Cœpola (1) en faisant remarquer que la concession *de tali flumine usque ad tale* comprend l'un et l'autre (*sup.*, n° 3).

Ce principe des jurisconsultes lombards paraît avoir universellement régi le contrat de fief, car on le retrouve dans les enseignements du feudiste anglais Craggius : *Dispositio castri cum omnibus suis juribus et pertinentiis... trahit... licèt non exprimantur...* FLUMINA, RIVOS, FONTES, *silvas* (2).

Ce fut encore celui qui régit le fief lorsque ce contrat eut perdu son caractère primitif et ne fut plus qu'un titre de propriété foncière; les règles de l'enclave et la maxime : *Habens territorium limitatum in certo jure sibi competente est fundatus in eodem jure, in quâlibet parte sui territorii*, étaient applicables aux suzerains, aux dominants et aux vassaux, les dominants n'étant d'ailleurs eux-mêmes que des vassaux à l'égard des suzerains. J'en ai déjà tiré cette conséquence que le possesseur du domaine utile, fondé en ce droit sur les terres à lui concédées, l'était également sur les rivières traversant ou faisant partie de cette terre (n° 177 et 178); c'est également ce que fait remarquer Legrand : « Nous pouvons, dit-il, comparer le fief au » corps qui est composé de plusieurs membres qui sont joints et » cohérents ensemble: car les maisons, terres, bois, prés, *riviè-* » *res*, étangs, droits de féodalité, sont membres attachés et inhé- » rents au fief. Or, toutes les parties du corps sont de même » qualité et nature que le corps même, voire sont la même cho- » se (3). » Voy. *infrà*, n° 402, l'opinion de Souchet.

L'action de ce principe se manifestait dans les actes relatifs à

---

(1) *Ibid.*, n° 13.
(2) Lib. 2, dieg. 8.
(3) Sur Troyes, art. 14, gl. 13, n° 2.

l'exécution du contrat de fief; ainsi, généralement, dans les transmissions de mouvances ou seigneuries suzeraines, les *aquarum decursus* n'étaient pas indiqués (1), tandis que, dans les aveux ou inféodations du domaine, ces jouissances étaient toujours comprises : c'est ce que fait notamment remarquer Salvaing en disant que la plupart des seigneurs de fiefs s'étaient attribué la propriété même des grandes rivières, « sous prétexte que leurs » titres leur donnaient *aquas aquarumque decursus, comme* » *portent la plupart des inféodations, investitures et dénom-* » *bremens de leurs terres* (2). »

J'ai eu sous les yeux une liasse considérable d'aveux rendus par les possesseurs de fiefs et de censives situés sur les bords de la rivière d'Erdre ; ces aveux, depuis 1450 jusqu'à 1770, comprennent expressément soit la rivière, soit le droit d'en jouir : l'un de ces aveux, du 21 août 1640, porte : « Ledit domaine conte- » nant... en *rivières*, marais, cinquante journaux. »

J'ai également parcouru les aveux de diverses seigneuries traversées par un même cours d'eau, aujourd'hui navigable et alors couvert d'écluses et de pêcheries ; les aveux des moindres censitaires comprennent la rivière, l'écluse et la pêcherie, avec les prés et marais riverains. Les seigneurs ne possèdent aucun droit exclusif sur la rivière, autre que la directe, comme sur les terres ; l'un d'entre eux seulement exerce un droit de fief, consistant dans la pêche d'un jour déterminé; ce droit, considéré comme redevance feodale dans les aveux, semble avoir été primitivement droit de justice (n° 360). Quoi qu'il en soit, il manifeste la jouissance et la possession de la rivière aux mains du censitaire.

Tous les aveux que j'ai pu consulter, ayant pour objet des terres baignées ou traversées par des cours d'eaux, en font mention et les contiennent. La formule suivie au dix-huitième siècle et tracée par le Répertoire, v° *Aveu*, indique expressément les rivières comme devant être comprises dans le dénombrement, et par conséquent comme faisant partie du

---

(1) Voy. notamment un acte fort détaillé de 1315, dans Brussel, p. 449.
(2) *Usage des fiefs*, ch. 60.

domaine utile. « Pour que l'aveu soit exact et régulier, il faut » qu'il contienne le dénombrement, c'est-à-dire la description en » détail de tout ce qui compose le fief; on doit donc désigner le » château et ses préclôtures, les autres manoirs, maisons ou bâti- » ments, les héritages avec la dénomination de leur nature, » comme bois, prés, pâturages, champs, communaux, terres, » vignes; indiquer les *eaux*, les *rivières*, les moulins. »

392. Ce que constatent les actes de toute espèce auxquels peut donner lieu la propriété foncière, les textes législatifs et coutumiers l'attestent également : ainsi, les ordonnances nous ont montré les grandes rivières possédées par des vassaux et des particuliers; les coutumes présentent aussi les eaux courantes dans le domaine privé.

Les textes suivants, relatifs aux partages des terres inféodées, supposent nécessairement les rivières dans le fief et aux mains du vassal.

Les coutumes de Champagne, données par le comte Thibaut : « Li ainsné aura les *fiez* d'icelui chastel, les chervaiges, les prés; les » vignes, les *yaues* et les *étangs*, qui sont devant les paroches » d'ycelui chastel... (1). »

Lorsque ces coutumes furent réformées en 1509, l'attribution de l'aîné fut établie différemment; par l'art. 14 du titre 2, il lui fut donné le château de la terre *tenue en fief*, avec le vol du chapon, et en outre « un arpent de chaque espèce dudit fief et sei- » gneurie : c'est à savoir, s'il y a pré, un arpent de pré ; s'il y a » vigne, un arpent de vigne; s'il y a étang, un arpent d'étang. » Et sur cette disposition Pithou ajoute : « Comme aussi un *ar-* » *pent de rivière*; d'autant que ce sont deux diverses espèces » et membres, ayant divers noms particuliers. » Legrand, sur le même article, gl. 13, n° 5, fait observer que l'opinion de Pithou, relativement aux rivières, consacrée d'ailleurs par une sentence du bailliage, continuait d'être suivie.

---

(1) Pithou, coutumes de Troyes, p. 518.

Grand-Perche :

Art. 140. « Aussi appartient audit fils aîné, pour sondit préciput et droit d'aînesse, la justice en la terre en laquelle il prend ledit préciput, la fuye ou colombier, ou droit d'icelle dépendant du lieu où il a prins sondit préciput, les *garennes à bois* et *à eau*, l'estang et *moulins* pendans en l'estang, ou *estangs sur la rivière ou ruisseaux*, profits et émolumens d'iceux. »

Boulonnais :

Art. 177. « Si aucunes divisions se font entre parties pour *rivières ou eaux courantes*, qui aient aucune chose gagnée au dehors de l'ancien cours, à l'encontre d'aucunes parties, soit par jardins, prés, bois et terres, lesdites *rivières et eaux* se doivent remettre, si possible est, à l'ancien cours. »

Les textes ci-après ont pour objet de déterminer le montant du rachat, c'est-à-dire ce que devait payer le vassal ou censitaire, aux mutations du fief ou de la censive.

Dunois, art. 25 : « L'estimation commune d'un rachat est » telle ; pour chacun *arpent de rivière* dix sols tournois. »

Coutume de Troyes, art. 186 : « Domaine muable comme.... » prés, *rivières* et autres fermes muables qui croissent et appetissent, on a accoutumé de diviser que vaut la ferme en dix ans » continuels... »

Grand-Perche, art. 39 : « La taxe et estimation des choses » *qui tombent en rachat,....* la *garenne à eau*, 60 sols. »

Selon la coutume de Nivernais, chap. 37, art. 16, on doit estimer par une moyenne de dix ans : « les moulins, fours, » pressoirs, *rivières banales* (1) *et non banales....* »

Enfin, les coutumes réglaient l'estimation que devait recevoir la propriété lorsqu'elle était affectée au paiement d'une dette ; on remarquera dans ces textes qu'une portion de la valeur est déduite pour la directe, et qu'en conséquence les biens estimés sont dans les mains du vassal ou du censitaire.

Auvergne, ch. 31, art. 36 :

« Qui a estang ou pêcherie, il les peut bailler en assiette, en mettant en-

(1) Cette disposition suppose que les rivières banales elles-mêmes étaient tombées dans le domaine utile.

semble la valeur des trois pêches dernières et prendre la troisième partie du revenu desdites trois pêches, qui est l'année commune ; de laquelle tierce partie desdites trois pêches faut rabattre un quart pour les réparations et périls, et du résidu rabattre un tiers pour *l'intérêt de la directe.* »

Ancienne coutume de Bourbonnais, ch. 36 :

« Droits de pêche *sur rivières* ont baillés en assiette ; c'est à savoir qu'ils sont estimés par gens à ce connaissans par 9 ans, qui se mettent ensemble, et est faite une commune année, *dont se rabat le tiers pour la directe,* et les deux autres tiers se baillent en assiette coutumière. »

A ces dispositions il faut joindre toutes celles que j'ai fait connaître, celles qui concernent les moulins, les étangs, les droits de pêche, les servitudes, et qui non-seulement supposent la propriété des rivières aux mains des riverains, mais encore la leur réservent, ou la leur attribuent formellement (§ 2, 3 et 4).

393. J'ai classé les arrêts parmi les actes de possession, parce que tel est, en effet, leur unique caractère ; il n'est point de textes coutumiers qui ne fassent céder le droit du seigneur, féodal ou justicier, au titre ou à la possession contraire ; l'ordonnance de 1669 essaya vainement de fouler aux pieds ce principe fondamental du droit de propriété sous l'ancien régime ; la possession l'emporta sur l'autorité despotique de Louis XIV, ainsi que les ordonnances nous l'ont clairement démontré (n° 382).

Les jurisconsultes ont longuement discuté sur le point de savoir si le droit seigneurial des rivières pouvait être prescrit ; de nombreux arrêts sont intervenus sur cet effet légal de la possession, divergents comme la plupart des décisions judiciaires qui se rattachaient aux coutumes. La prescriptibilité était le dernier état du droit commun ; Henrion de Pansey l'exprime ainsi : « Tout ce qui tombe en convention tombe en prescription. Voilà » le principe fondamental, et ce principe est infiniment res- » pectable. C'est la base sur laquelle reposent la majeure partie » des propriétés. Or, les rivières sont absolument dans le com- » merce, le propriétaire peut les vendre, les donner, les échan- » ger, les affermer, etc. Les rivières peuvent donc se prescrire ;

» le propriétaire peut donc en être dépouillé par la voie de la » prescription (1). »

Cette doctrine était confirmée par des arrêts de 1666 et 1667 (2). Elle s'étendait à tous les modes de jouissance que pouvait offrir la possession des rivières ; sous la coutume de Bourgogne même, qui semblait exceptionnelle, les commentateurs enseignaient que « les rivières appartiennent aux seigneurs » ou aux particuliers qui en ont titre *ou possession équiva-* » *lente* (3). »

Remarquez que le droit reconnu au justicier, partout où il en jouissait, soit à l'égard de la pêche, soit à l'égard même du droit d'accensement, était uniquement fondé sur la possession ; jamais un droit de justice n'eut un autre titre (n° 107) ; celui des banalités n'a jamais eu d'autre fondement, du moins en aucun temps les jurisconsultes ne lui en ont reconnu d'autre (n° 355).

Ainsi, tout procès relatif à la disposition d'une rivière à laquelle prétendait un seigneur justicier dépendait d'une question de titre ou de possession. Si les parties plaidantes présentaient des titres, le titre fondait la décision ; si ni l'une ni l'autre n'en produisait, la possession faisait règle ; si la possession d'aucune des deux n'était prouvée, le procès dépendait de la coutume relative aux vacants ; ainsi, dans les coutumes qui attribuaient les vacants aux justiciers, le seigneur justicier devait avoir la rivière dont nul autre n'était en possession ; mais, dans celles où les vacants étaient attribués aux féodaux, c'était le féodal qui était saisi de la rivière, faute d'autre maître.

Cet état de choses, nécessaire en présence des règles coutumières, enlevait évidemment aux arrêts le caractère de décisions de droit et en même temps les soumettait à la divergence apparente dont ils offrent le tableau.

Si à ces causes, qui ne permettent pas de considérer la juris-

---

(1) *Dissertations féodales*, v° *Eaux*, § 13.

(2) Basset, t. 2, liv. 3, ch. 2.

(3) Bouvot, cité par Henrion de Pansey, *ubi suprà*.

prudence comme constitutive de principes, on ajoute les raisons d'incertitude qui s'attachaient à tous les arrêts de l'ancien régime, on demeurera convaincu qu'il n'est pas possible d'en tirer autre chose qu'une preuve de possession au profit du seigneur ou de la partie qui gagnait son procès.

Cette remarque est justifiée surtout pas l'appréciation diverse que donnent aux mêmes arrêts les auteurs qui les citent; les mêmes décisions sont invoquées dans les opinions opposées, et, quand on remonte aux sources, on ne sort pas d'incertitude. Après avoir discuté sur les principes, les commentateurs discutent sur les arrêts, et le lecteur n'en est pas plus avancé (1).

Par exemple, Guyot, après avoir soutenu que les rivières sont du fief et non de la justice, ajoute : « *C'est en conséquence* » *de ce principe* que le droit de pêche fut adjugé au prieur de » Marcilly, le 18 juillet 1733. *J'écrivais* pour lui, et je ne dé» fendis point par le moyen de *basse justice* annexée au fief, » mais parce que la rivière *coulait dans son fief* (2). » L'annotateur de Boutaric parle ainsi du même arrêt : « Pour la ba» nalité d'une rivière, il suffit d'être *haut justicier;* ainsi jugé » par arrêt du 18 juillet 1733, en faveur du prieur de Mar» cilly (3). »

Un arrêt du 20 juillet 1613 décide, suivant M. Rives, «que les »îles et îlots qui se formaient dans les *petites rivières* appartenaient »aux seigneurs au même titre que ceux d'une rivière navigable, »faisaient partie du domaine de la couronne, en vertu de l'ordon»nance de 1669 (4).» Cet arrêt, cité par Frémînville, d'après Legrand, était ainsi analysé par ce dernier : « Les îles qui se font »*dans les grandes rivières* qui appartiennent aux seigneurs, par »*concession* du roi, appartiennent *aussi auxdits seigneurs* (5).»

---

(1) Voy. à l'ancien répertoire, v° *Moulin*, ce que les jurisconsultes disent des arrêts invoqués en matière d'eau courante.

(2) T. 5, p. 671.

(3) P. 559.

(4) P. 48.

(5) Cout. de Troyes, art. 179, gl. 1, n° 13.

M. Rives cite également deux arrêts des 18 juillet 1682 et 6 mai 1727, qui auraient jugé que les seigneurs avaient exclusivement le droit de pêche ; ces deux arrêts, indiqués par Serres dans ses *Institutes*, p. 103, n'ont jugé qu'une question de prescription.

Le même auteur mentionne un arrêt sans date, rapporté par Henrys, qui aurait jugé qu'on ne pouvait construire de moulin sans l'autorisation du justicier ; cet arrêt a jugé seulement que le seigneur riverain n'a droit de pêche ou de moulin que jusqu'au milieu de l'eau (1).

Un arrêt du parlement de Toulouse de l'an 1585, cité par M. Rives, d'après la Roche Flavin, comme ayant jugé qu'on ne pouvait construire de moulins sans l'autorisation du haut justicier, est rendu entre un seigneur de fief et son vassal.

Ce magistrat, d'ailleurs, ne fait aucune distinction entre ce qui est du fief et ce qui est de la justice : « Les seigneurs, dit-il (2), » féodaux ou hauts justiciers, étaient également propriétaires des » ruisseaux. » Or, la distinction est essentielle et fondamentale, ainsi qu'il a été suffisamment démontré, et les feudistes ont rarement manqué de la faire. Seulement les partisans du justicier ont fréquemment indiqué des arrêts comme favorables à celui-ci, lorsqu'en réalité la question n'était pas jugée. Ainsi, dans l'arrêt du 12 juillet 1736, cité par M. Rives, p. 49, il est probable qu'il s'agissait d'un droit de fief et non de justice.

Il en est de même d'un arrêt du 9 décembre 1651, souvent cité comme constatant le droit du haut justicier, et qui a été rendu au profit du demandeur, « tant comme *seigneur direct* que comme »haut justicier (3). » J'ai vérifié les arrêts des 10 juillet 1604, 7 avril 1745 et 5 avril 1759, présentés communément comme contraires au féodal ; ils sont rendus entre justiciers.

En résumé, de la jurisprudence il est impossible de déduire

---

(1) L'arrêt est mal indiqué par M. Rives ; c'est sans doute celui dont parle Guyot, p. 670.

(2) P. 49.

(3) Henrys, liv. 3, quest. 49.

autre chose que des droits particuliers reconnus tantôt au seigneur justicier, tantôt au féodal, tantôt au vassal, tantôt à l'allentier, suivant le titre ou la possession de chacun. Considérée comme élément de doctrine, elle n'offrirait que contradictions : ainsi, à l'arrêt de 1585, cité par M. Rives, on pourrait en opposer deux autres des 26 juin 1601 et 16 avril 1608, cités par Boucheul, sur l'article 40 de la coutume de Poitou, qui ont jugé que chacun peut construire librement un moulin sur la rivière; à celui du 18 juillet 1682, qui reconnaît au seigneur un droit de pêche exclusive, un autre du 9 janvier 1708, qui maintient au contraire un censitaire roturier dans ce droit (1) ; une sentence de l'amirauté de Nantes du 14 juin 1644 ; une reconnaissance authentique du maître des eaux et forêts, du 1er septembre 1751 ; un arrêt du parlement de Bretagne, du 9 janvier 1780 (2), constatant des jouissances privées de droits de toute espèce sur la rivière de l'Erdre; à ceux qui supposent des droits d'épaves au seigneur justicier, un arrêt du parlement de Rouen, du 6 mars 1776, qui reconnaît à la ville de Robec la propriété allodiale de la rivière qui la traverse et des objets qui s'y trouvent (3) ; à ceux qui auraient jugé que les justiciers peuvent s'opposer aux prises d'eaux, ceux des 5 mars 1666 et 6 avril 1667, qui ont maintenu des particuliers en possession de jouissances de cette nature (4); enfin, à ceux que l'on voudrait considérer comme exclusifs des droits des particuliers riverains, un arrêt du 25 mai 1607 ordonnant : « que partage et division seront faits de la rivière » d'Aube » entre le sieur de Dyenuille et les manants et habi-

(1) Cet arrêt, dont j'ai l'expédition sous les yeux, est fort remarquable en ce qu'il maintient le seigneur propriétaire du fief dont relève la censive dans le droit de « pêcher dans la rivière, à l'endroit et le long de ses terres, dans » l'étendue de son fief, pourvu qu'il soit présent à ladite pêche, et non par » autrui. » On voit dans ce droit précisément celui que l'ordonnance de 1669 accorde au haut justicier sur la chasse (n° 342), ce qui assimile ces deux droits dans l'esprit de l'ancienne jurisprudence.

(2) Également sous mes yeux.

(3) Basnage, tom. 2, p. 555.

(4) Basset, tom. 2, liv. 3, ch. 2.

tants de la paroisse (1); une ordonnance du grand maître des eaux et forêts prononçant mainlevée de la saisie faite des gords, *rivières*, moulins de l'abbesse de Chelles (2), etc., etc.

Il est donc bien évident que tous ces arrêts ne sont pas autre chose que des titres de possession pour ceux qui les ont obtenus, et pour nous la preuve que si quelques seigneurs justiciers avaient des droits sur les rivières, les seigneurs féodaux, les vassaux, les censitaires et les alleutiers en avaient également. Du reste, on ne peut pas leur reconnaître le caractère d'arrêts de principe et de règlement de droit, parce qu'en général nous ne connaissons ni les moyens des parties, ni les motifs de la décision, et qu'en conséquence il nous est impossible d'en apprécier sûrement la portée.

Néanmoins, Guyot, tom. 6, p. 669, et Henrion de Pansey, citent deux arrêts, l'un du parlement de Paris, du 18 juillet 1733, l'autre de l'administration des eaux et forêts, du 16 décembre 1769, qui auraient jugé, *in terminis* et en principe, que les petites rivières n'appartenaient point, de droit, à la justice. Dans les moyens employés contre le justicier et exposés par l'arrêtiste, on ne voit point, en effet, figurer le titre, ni la longue possession; le domaine riverain n'était même qu'une censive éparse, sans droit féodal; les principes généraux du droit de propriété étaient seuls invoqués, et le possesseur de la censive a été maintenu dans sa jouissance (3). Il est évident qu'il résulte de ces arrêts, en droit, que le seigneur justicier n'avait pas de titre général à la propriété des eaux courantes, et qu'à défaut de titre ou de prescription de part ni d'autre, le droit du riverain, encore que simple censitaire, devait être préféré.

Ces arrêts constituaient le dernier état de la jurisprudence, et c'est dans cet état que les lois abolitives de la féodalité ont saisi le droit des petites rivières.

---

(1) Latruffe, *Droits des communes*, tom. 2, p. 187 et 253.

(2) *Ibid.*

(3) *Dissertations féodales*, v° *Eaux*, § 7.

Le langage des arrêts est donc le même que celui des actes, des formules, des titres de toutes sortes, des ordonnances et des textes coutumiers ; ce langage n'a jamais varié ; c'est à la possession, au titreprivé, aux règles particulières et locales, qu'il attache la propriété des cours d'eau.

394. Enfin, auprès des actes qui constatent la possession des seigneurs, on rencontre une foule de concessions du droit même qui leur appartenait sur les rivières ; presque toutes ces concessions ont le caractère de bail à cens, le contrat territorial le plus usité depuis le XVe siècle. C'est ainsi que nous avons vu la coutume de Hainaut nommer les rivières de fiefs, rivières de cens, et le censitaire désigné comme possesseur (n° 356). De même les jurisconsultes du Dauphiné et du Lyonnais nous apprennent que presque toutes les eaux propres aux arrosages étaient abénévisées (1). Charondas, en ses observations, v° *Eaux* : « Quant aux rivières des seigneurs, ils en ont aucunes appelées » banales, desquelles la propriété leur appartient, *mais elles sont* » *baillées à ferme ou à cens.* » Ainsi, les profits mêmes des banalités étaient tombés dans le domaine utile, ce que déjà quelques textes coutumiers nous ont indiqué (n° 392).

L'exécution du règlement du 18 mai 1679 (n° 380), concernant le Dauphiné, avait manifestement livré au domaine utile la jouissance de toutes les eaux courantes appartenant au roi dans cette province ; cette mesure, étendue à tous les domaines et justices de la couronne, dans le royaume, par l'édit d'octobre 1694 (n° 383), ne laissait plus aux mains du roi que la directe de toutes les eaux courantes qui avaient pu lui appartenir.

Cet exemple avait été suivi par le plus grand nombre des seigneurs, ni moins besogneux que le domaine public, ni moins désireux de tirer de leurs droits et possessions toute l'utilité possible. On pourrait donc affirmer, vu le nombre immense des concessions de ce genre, que rien, dans les jouissances des rivières, n'était resté dans l'exercice du droit seigneurial, et que toutes les

(1) Voy. Salvaing et Henrys aux lieux cités (*suprà*, n° 380).

eaux courantes du royaume, ou du moins la très grande partie, étaient tombées dans le domaine utile et dans la possession privée. Nous examinerons, en parlant des lois abolitives de la féodalité, quel a été l'effet de ces concessions sous le régime nouveau.

395. Tel est le tableau que présente la pratique du droit des petites rivières depuis au moins douze siècles; la possession des cours d'eau n'a pas cessé de se montrer aux mains des possesseurs des terres riveraines; les ruisseaux n'ont pas cessé d'arroser les champs et les pâturages au profit du cultivateur. Jamais un droit général n'a séparé ces deux éléments essentiels de la propriété. Je défie qu'on me montre un temps où il en a été autrement; où le propriétaire, en vendant un domaine, n'a pas vendu les eaux qui le traversent; où les héritiers n'ont pas partagé les rivières avec les terres qu'elles baignaient; où le maître d'un territoire ne s'est pas cru le droit d'assembler les eaux courantes, de les diriger, d'en user comme de ses prés, de ses bois, de ses vignes et de ses marais; sauf, en tout cela, les règles des servitudes rurales, quelques dispositions locales et coutumières et certains droits exceptionnels, résultats de l'oppression ou de la convention, presque partout abrogés, transformés ou tombés en désuétude.

Remarquez qu'on ne voit point ainsi dans le commerce privé les éléments reconnus du pouvoir justicier; les particuliers ne vendent point, ne partagent point les vacants, les chemins, les rues et places publiques et autres portions du territoire, que s'est attribuées la justice seigneuriale; comment supposer qu'en présence d'un droit général et légitime de propriété, les seigneurs eussent souffert ces actes journaliers de disposition des rivières, qu'eux-mêmes sanctionnaient de leur autorité?

§ VII.

DES AUTEURS ET COMMENTATEURS.

SOMMAIRE.

396. Peut-être, après un examen aussi approfondi que celui qui précède, examen dans lequel j'ai discuté tous les éléments historiques et légaux de la propriété des eaux courantes, devrais-je me dispenser de grossir ce volume de l'opinion des auteurs. Cependant la science d'un grand nombre se compose encore aujourd'hui de citations d'arrêts ou de commentateurs; cet ouvrage paraîtrait donc, aux yeux de certains jurisconsultes, manquer d'une des conditions constitutives du droit. C'est pourquoi j'ai relevé avec le plus grand soin les commentaires coutumiers anciens et modernes et les ouvrages du droit antérieur au Code, qui m'ont paru pouvoir contenir une opinion sur la propriété des eaux courantes.

L'immense diversité des dispositions locales a dû nécessairement engendrer une grande diversité d'avis; je partagerai en conséquence les auteurs en catégories.

397. **Auteurs qui distinguent les petites rivières des ruisseaux :**

Bouteiller, *Somme rurale*, tit. 73 :

« Il advient en plusieurs lieux que, parmi la terre d'aucun seigneur justicier, soit haut ou moyen, court et passe aucune rivière soit grande ou petite ou moyenne; si est à savoir que toutes grosses rivières courant parmi le royaume sont au roi notre sire, et tout le cours de l'eau... Mais aux seigneurs parmi la terre desquels les rivières passent, *leurs terres et seigneuries vont jusques en l'eau*, et ont la coupure des ronsses et arboisies s'i elle y croît où trains de nef ne pourraient passer... Si la rivière se accroissait par son cours d'eau, ce accroist aussi au roi; et s'i elle s'appetisse, ce accroist au seigneur parmi qui terre elle passe si comme dit est. Et des petites rivières qui ne portent point de navire, et qui ne sont point rivières telles que dessus dites, sont aux seigneurs parmi qui terre et seigneurie elles passent. Mais les héritiers qui sont joignans auxdites rivières de rive en rive ont leur héritage *jusques en l'eaue* et toute l'arboisie qui y croît, réservé que la rivière doit être tenue en sa largeur qu'elle a eue d'ancienneté... et doit avoir la moienne rivière quatorze pieds de large et la petite rivière sept pieds. Et y a le sujet et le seigneur aussi tout tel droit comme dit est dessus. Ne ny peut le sujet faire escluse, ne rigole, ne estauche, que du cours de la rivière elle ne ait toujours son droit cours sur l'amende, s'ainsi n'étoit qu'il n'eut la grâce du seigneur de qui la rivière seroit tenue. »

Loysel, *Institutes coutumières*, liv. 2, tit. 2 :

Règl. 6. « Les petites rivières et chemins sont aux seigneurs des terres, et les ruisseaux aux particuliers tenanciers. »

7. « La seigneurie des seigneurs s'étend jusqu'au bord des grandes rivières, et des sujets tenanciers jusqu'aux petites. »

8. « Grosses rivières ont pour le moins quatorze pieds de largeur, les petites sept et les ruisseaux trois et demi. »

Boutaric, *Institutes*, liv. 2, tit. 1, § 2 :

« Les rivières non navigables appartiennent aux seigneurs justiciers; mais en est-il de même des ruisseaux? Non sans doute; tous nos auteurs conviennent que la propriété des ruisseaux appartient aux propriétaires des fonds dans lesquels ils coulent, de manière pourtant que ces particuliers possesseurs de fonds ne peuvent en arrêter ou détourner le cours naturel de l'eau. »

Duparc-Poullain, t. 2, p. 398 :

« N° 557. Il est de maxime que les rivières navigables naturellement et sans artifice appartiennent au roi, et que celles qui ne le sont pas ou que l'art seul a rendues navigables, quoiqu'elles soient au nombre des choses publiques, appartiennent aux seigneurs particuliers, dans l'étendue de leurs fiefs, indépendamment du degré de justice.

» 559. Les fontaines appartiennent au propriétaire du terrain où elles se trouvent.

» 560. La même règle a lieu pour les ruisseaux, suivant le terrain qu'ils parcourent.

» 562. Guyot dit qu'on ne distingue plus les petites rivières des ruisseaux, et que les ruisseaux appartiennent aux seigneurs. Cette proposition est contraire au sentiment commun, et il est de maxime constante en Bretagne que le ruisseau qui passe sur le terrain du vassal lui appartient dans toute la partie de son terrain qu'il parcourt. »

Delalande, coutume d'Orléans, art. 169, n° 6 :

« Quant aux petites rivières, les seigneurs des territoires par lesquels elles passent les tiennent pour la plupart en propriété *domaniale*... Communément, les propriétaires des terres non seigneuriales n'ont plus que les ruisseaux et les petits cours d'eau. »

Toutes ces opinions sont différentes : Bouteiller n'accorde au roi et aux justiciers que l'eau ou la police, la propriété des riverains comprenant le lit *jusques en l'eau*. Loysel donne la propriété des ruisseaux aux tenanciers, et n'étend celle des riverains que jusqu'au bord des grandes et petites rivières. Boutaric attribue celles-ci aux justiciers ; Loysel, Duparc-Poullain et Delalande aux seigneurs de fiefs. Enfin ces deux derniers constatent plutôt l'état des possessions que le droit ; au surplus, la distinction des petites rivières et des ruisseaux ne peut s'appuyer d'aucun texte législatif ou coutumier, et d'ailleurs n'est admise que par les auteurs précités.

398. **Auteurs qui attachent le droit aux titres et à la possession :**

Guy-Pape, *Jurisprudence du Dauphiné*, quest. 514 :

« *Utrùm barones hujus patriæ Delphini possint prohibere in terris suis, ne quis piscari habeat* IN RIVIS IN SUIS TERRIS LABENTIBUS ; *dicit Joannis Faber quòd* NON... *et ità servatur in hâc patriâ.* »

Cette opinion est celle de tous les jurisconsultes antérieurs et contemporains (nos 39 et suiv.). Elle suppose les riverains propriétaires des ruisseaux *in suis terris labentibus*. Matheus, l'un des annotateurs de Guy-Pape, s'exprime plus clairement encore : *In fluminibus privatis quæ in singulari* QUORUMDAM *patrimonio censentur, solius domini est piscatio*. Le *dominus* est ici

le possesseur du domaine utile, car le jurisconsulte ajoute immédiatement : *Piscationem prohibere potest in suis alveis, stagnis et molendinorum rivis, dominus directus.*

Il faut d'ailleurs remarquer que ces légistes écrivent sous la règle lombarde qui distinguait les eaux régaliennes de celles qui ne l'étaient point (n° 380). C'est pourquoi Ferrerius, autre annotateur de Guy-Pape, dit : *Flumina non navigabilia sunt dominorum jurisdictionalium per quorum jurisdictionem fluunt; et ideò jus piscandi ad eos pertinet ;* ce qui ne l'empêche pas d'adopter quelques lignes plus loin l'opinion des auteurs précités : *Domini terrarum non possunt in terris suis prohibere piscationem.* La première citation concerne les eaux régaliennes ; la seconde, les cours d'eaux qui ne le sont pas.

Chasseneux, coutume de Bourgogne, rub. 13, § 2, n° 8.

Cet auteur distingue plusieurs espèces de fleuves privés : *Privatum dicitur quandò esset in dominio unius tantùm ; putà quià incipit ex fonte qui in agro suo oritur et discurrit per sua prædia usque ad flumen publicum... Item potest dici privatum cum* PROPRIETAS *vel* JURISDICTIO *competit* UNI TANTUM DOMINO, *quià respectu aliorum est juris privati illius domini in cujus territorio est, vel quòd in eo habet jurisdictionem.*

Loin de reconnaître au seigneur justicier un droit légal et général, Chasseneux n'admet que des droits de pêche dérivant des banalités, lesquelles n'ont été établies que localement et par prescription ; j'ai déjà cité *suprà*, n° 355, cet auteur dont les doctrines d'ailleurs sont celles de Guy-Pape et des jurisconsultes que je viens d'indiquer.

Bacquet, *Droits de justice*, ch. 30, n° 25 :

« Il y a quelques petites rivières qui ne sont publiques ni navigables, mais appartiennent à des particuliers, soit seigneurs *justiciers, féodaux ou autres personnes,* tout ainsi que les héritages propres et particuliers ; et d'iceux nous ne voulons aucunement parler, *parce que le roi ni les seigneurs hauts justiciers n'y ont non plus de droit que sur un autre héritage appartenant à particuliers.* »

LOYSEAU, *Des seigneuries*, ch. 12, n° 120 :

« En France on distingue les rivières navigables d'avec les non navigables, et, pour le regard des non navigables, elles sont *dominii privati* et appartiennen aux particuliers, et par conséquent aux hauts justiciers, *à faute d'autre maître.* Mais les navigables étant publiques, ainsi que les grands chemins, le roi s'en est attribué la propriété. »

CHOPPIN, *Du domaine*, liv. 1, tit. 15, n° 6 :

« Maintenant parlons des rivières qui sont banales ; quelques-uns les appellent *flumina bannalia*, et les plus polis en leur style les nomment *præscripta.* D'autant que ces rivières *sont acquises aux seigneurs de fief* dans les ressort et ban de leurs seigneuries, jusqu'à l'étendue d'icelles, ou *par prescription* d'un long temps, ou par *privilége* et *permission* du roy, ou *à quelque autre titre légitime.* Il se trouve aujourd'hui *un assez bon nombre* de fleuves de cette qualité, et qui étant naturellement publics ont été rendus particuliers. »

GALLON, tit. 31 de l'ordonnance de 1669 :

« Il y a quatre sortes de rivières : les premières sont appelées *royales ;* les secondes *banales ;* les troisièmes *publiques*, et les quatrièmes *privées* ou *particulières...* Les banales sont celles qui passent le long et dedans les terres et seigneuries *de quelques particuliers...* lesquels particuliers *par prescription, pratique* et *coutume* ancienne, *ex tacito consensu populi*, ou par quelque titre *spécial* ou *particulier*, en prétendent la propriété entière, ou du moins à l'endroit de leurs terres où ils établissent des pêcheries, par le moyen desquelles ils s'acquièrent le droit de défendre aux autres d'y pêcher...Les *privées* ou *particulières* sont celles qui proviennent de certaines fontaines, sources et ruisseaux, qui sortent de dedans les héritages de quelques particuliers, et qui y coulent et demeurent encloses avant que de tomber dans les rivières navigables. »

La division des rivières en *banales* et en *particulières* ou privées est reproduite dans les mêmes termes par M. Segaud, procureur général à la table de marbre de Dijon, annotateur de Gallon. Ni l'un ni l'autre ne parlent du droit des seigneurs en tant que justiciers ou féodaux, mais bien de prescription, coutume, titre spécial ; ils attribuent même les rivières banales aux particuliers, ce qui était vrai, en ce sens que depuis longtemps les droits de pêche mêmes dérivant des banalités n'avaient rien de seigneurial dans la pratique et pour l'opinion générale (voy. *suprà*, nos 392 et 395).

COQUILLE, coutume du Nivernais, ch. 16, art. 1 :

« Les petites rivières non navigables qui ont leur cours perpétuel sont réputées publiques selon le droit romain, mais en France les seigneurs les tiennent *pour la plupart* en propriété *domaniale.* »

LEGRAND, coutumes de Troyes, art. 179, gl. 1 :

N° 10. « Pour ce qui est des rivières navigables, les rois se les sont attribuées d'ancienneté... N° 16. Quant aux autres sortes de rivières que nous avons dit être petites rivières non navigables, *aucunes d'icelles appartiennent à des particuliers ;* mais les seigneurs se les ont aussi *la plupart attribuées* au dedans de leurs terres et seigneuries, et jusques à l'étendue d'icelles, et en jouissent pareillement comme de leur propre patrimoine. »

MARCILLY, commentateur de la coutume de Troyes, art. 179 :

« Les petites rivières appartiennent ou à des particuliers qui ont titre, ou plutôt et presque toutes généralement au seigneur dans le territoire duquel elles passent. »

BOUHIER, commentateur de la coutume de Bourgogne, ch. 62, n° 106, après avoir parlé des rivières royales :

« Toutes les autres sont réputées *seigneuriales,* suivant l'axiome du droit français rapporté par Loysel. Mais, aux termes de notre loi municipale, il y en a de deux sortes, savoir : celles qui appartiennent aux seigneurs hauts justiciers, et celles qui sont possédées *par d'autres particuliers.*

» Ces dernières ne sont point comprises dans les dispositions de l'art. 131 de notre coutume. D'où il suit qu'encore que *celui qui en est propriétaire* ait par les lois le droit d'empêcher qu'aucun autre n'y pêche et par conséquent qu'il n'y acquière aucun droit, si ce n'est celui d'y puiser de l'eau pour boire et pour abreuver ses bestiaux, il est pourtant vrai qu'on peut y acquérir tous droits d'usage par la possession. »

BOUVOT, commentateur de la coutume de Bourgogne : « Les » rivières appartiennent aux seigneurs *ou aux particuliers* qui » en ont titre ou possession équivalente (1). »

FABERT, coutume de Lorraine, § 301, p. 481 :

« En Lorraine, les fleuves sont si petits que Brenon, Mn, Yron, Orne,

(1) Cité par Henrion de Pansey, *Dissert. féod.*, v° *Eaux*, § 13.

Lonjeu, Segneulle, sont nommées de ce nom en la carte du pays, et il y a plusieurs seigneurs qui s'en attribuent la propriété, combien qu'ils ne soient pas hauts justiciers ; *en quoi il faut suivre les titres et la prescription.* »

ANCIEN RÉPERTOIRE, v° *Rivière* :

« On demande si les rivières qui ne sont pas navigables appartiennent aux riverains ou aux seigneurs... mais il paraît qu'on ne peut établir à cet égard aucune règle générale et que tout dépend du titre et de la possession. »

POTHIER, *Du droit de propriété*, n° 53 :

« A l'égard des rivières non navigables, elles appartiennent *aux différents particuliers qui sont fondés en titres ou en possession* pour s'en dire propriétaires dans l'étendue portée par leurs titres ou leurs possessions. Celles qui n'appartiennent point à des particuliers propriétaires appartiennent aux seigneurs hauts justiciers dans le territoire desquels elles coulent (Loyseau, *Des seigneuries*).

CHABROL, coutume d'Auvergne, t. 1, p. 53 :

« La troisième espèce de vacans immobiliers que Loyseau distingue est celle des rivières non navigables; il les attribue aux seigneurs hauts justiciers, et c'est la jurisprudence de tous les parlements. Elle est fondée sur ce que les choses qui n'appartiennent à personne nommément sont dévolues au fisc. »

HERVÉ, *Théorie des matières féodales*, t. 4 :

P. 380. « Loysel prétend que les rivières n'appartiennent aux seigneurs que quand elles ont au moins sept pieds, et que, quand elles ont moins, elles appartiennent aux riverains; mais il faut bien moins considérer cette règle que les titres et la possession. »

399. **Auteurs qui attribuent les cours d'eau aux riverains** (1) :

BOERIUS, décis. 352, n°s 4 et 5 :

Aquæ et flumina PUBLICA *non navigabilia existentia vel transeuntia in territorio alicujus domini, sunt ipsius domini per cujus territorium et ju-*

---

(1) A ces auteurs il faut joindre ceux qui sont cités *suprà*, n° 371.

risdictionem transeunt, et faciunt de eisdem quidquid volunt ; ità dicit Baldus et est ratio singularis secundum eum, quià unum et idem est territorium quod eminet super aquas et quod immergitur aquis... Idem tenet et Alexander per rationem Baldi suprà allegatam, et Jaso de Magno, et pulchrè consuluit Paulus de Castro ubi dicit quòd postquam aqua ingreditur territorium alicujus, est illius domini loci et AQUA EST PRIVATA, NON PUBLICA VEL COMMUNIS, *quia per* PRIVATA TERRITORIA ET LOCA *discurrit.*

Ces dernières expressions démontrent que le mot *dominus*, employé dans ce passage, signifie le propriétaire et non le seigneur. La même pensée est plus clairement exprimée par le même auteur, sur la coutume de Bourges, § 5 : *Aqua solo cedit... Si aqua nascitur vel discurrit in privato prædio, potest dominus prædii illâ uti prout vult.* Ainsi ce n'est qu'à l'égard des fleuves publics, *flumina publica*, quoique non navigables, que Boërius reconnait le droit des seigneurs.

Domat, liv. 2, tit. 6, sect. 1 :

« Les ruisseaux qui ne sont pas à l'usage du public et qui *sont propres aux particuliers dont ils traversent les héritages* ne règlent pas leurs bornes, mais chacun a les siennes telles que lui donnent son titre et sa possession. »

Boucheul, coutume de Poitou, art. 40 :

« Mais dans les eaux privées, c'est-à-dire sur les petites rivières ou ruisseaux, comme *de droit elles sont aux propriétaires des héritages voisins* et qui ont les rivages, aussi le propriétaire supérieur peut bâtir un nouveau moulin au préjudice de l'inférieur premier bâti. Boniface, en ses arrêts du parlement de Provence, part. 3, liv. 2, tit. 14, ch. 1, n° 5, en rapporte deux, des 26 juin 1601 et 16 avril 1608, qui l'ont jugé de la sorte, *parce que chacun est maître de son bien.* »

Hévin, consult. 53 :

« La plus commune opinion et la plus saine est que lorsqu'il n'est point question d'une rivière publique, ni d'un ruisseau destiné pour le service d'un moulin, et qu'il n'y a point d'intersigne de servitude, le propriétaire sur lequel le ruisseau passe en peut disposer comme il lui plait pour son utilité, sans que les propriétaires des terres adjacentes aient droit de s'y opposer. »

Ricard, coutumes de Senlis, tit. 13, art. 268 :

« L'on prétend que le propriétaire d'un fonds peut divertir les eaux qui viennent d'une source qui est dans son héritage, d'autant qu'il est permis de

détourner le cours des rivières particulières, à la différence des publiques... M. Duval, *De rebus dubiis, tract.* 8, *num.* 6, soutient la même chose, même à l'égard de celui sur le fonds duquel passe l'eau, quoique le fonds d'où vient la source ne lui appartienne pas.... Ceux qui ont des prés le long de l'eau peuvent en certains jours saigner la rivière ou le ruisseau, pourvu que ce ne soit pas au préjudice de la navigation et que le seigneur soit préféré pour son usage ; mais on ne doit pas souffrir qu'il puisse refuser la permission, en temps et lieu, à ceux qui en ont besoin. Le seigneur ne *peut pas aussi prétendre que les ruisseaux lui appartiennent* plutôt qu'à ceux entre les héritages desquels ils coulent, qui doivent même aider à ceux qui sont situés plus loin, et si on souffrait les détours des eaux, plusieurs seraient tous les jours ruinés par l'autorité et les voies de fait. »

Ferrières, *Institutes*, liv. 2, tit. 1, § 2 (1) :

« Pour ce qui est des rivières non navigables, elles ne sont pas publiques, mais elles appartiennent à ceux qui sont propriétaires des terres par où elles passent ; ainsi ils y peuvent pêcher dans l'étendue de leurs terres et s'en servir comme de choses à eux appartenantes. »

Traité historique de la souveraineté du roi, ch. 9, n° 12 :

« A l'égard des rivières non navigables, elles ne sont pas réputées publiques ; ainsi elles appartiennent à ceux qui sont propriétaires de terres par où elles passent, qui peuvent pêcher dans l'étendue de leurs terres et s'en servir comme de choses à eux appartenantes, suivant leurs titres et possessions. »

400. Auteurs qui attribuent la propriété des rivières aux seigneurs féodaux :

Lebret, *Traité de la souveraineté*, liv. 2, ch. 15 :

« Il en est autrement des petites rivières qui ne sont pas navigables ; elles appartiennent en propriété aux seigneurs des terres qu'elles arrosent ; aussi sont-elles appelées par plusieurs de nos coutumes rivières banales, rivières de cens, et l'on ne peut y pêcher que par leur permission. »

Guyot, *Traité des fiefs*, t. 5, p. 669 :

« Je tiens avec Choppin, et je puis dire avec Coquille et M. Lebret, que

(1) Ferrières, Claude-Joseph, mort en 1715, que M. Rives confond à tort avec Ferrerius, annotateur de Guy-Pape, cité plus haut.

les petites rivières, les cours d'eau appartiennent en propriété aux seigneurs féodaux, dont elles arrosent la seigneurie, si les textes des coutumes ne les donnent au haut ou moyen justicier. »

HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, v° *Eaux*, § 7 :

« Sans prétendre décider une question qui depuis si longtemps partage les plus savants jurisconsultes, qu'il nous soit permis de dire que deux motifs qui peuvent paraître plausibles réclament en faveur du seigneur de fief : 1° la pêche est un droit utile et domanial, tout le monde en convient ; or, tout l'utile d'un territoire, tout ce qui en compose le domaine appartient naturellement et de droit commun au seigneur direct ; 2° on tient pour maxime que l'universalité du territoire appartenait originairement au seigneur direct et qu'il est encore propriétaire de tout ce qu'il n'a pas aliéné, de toutes les parties qu'il n'a pas comprises dans les baux à ceux qu'il a jugé à propos de faire. Or, tel est le sol de la rivière ; il n'a pas été aliéné, il ne fait partie d'aucun des baux à fiefs ou à cens (1). Il est donc demeuré dans les mains du seigneur féodal. »

BASNAGE, Coutume de Normandie, art. 206 :

« Le seigneur féodal ne peut détourner que les ruisseaux et les petites rivières, lorsqu'elles sont dans l'étendue de son fief, parce que la *seigneurie directe* lui en appartient en quelque façon »

HERVÉ, *Theorie des matières féodales*, t. 4 :

P. 251. « Les rivières qui appartiennent aux seigneurs sont, en général, un droit de fief et non un droit de justice. Ainsi c'est le seigneur féodal qui a la propriété des eaux et tous les accessoires qui dépendent de cette propriété, comme le droit de moulin et de pêche, et le seigneur justicier n'a que la police et les attributs de la justice, autant qu'un seigneur peut les avoir sur les eaux. Cependant il y a des coutumes qui donnent les rivières aux seigneurs hauts justiciers. Il faut consulter la loi territoriale, les titres et la possession. »

---

(1) Cette supposition est contraire à la règle générale du fief, constatée par les auteurs cités ci-dessus, n° 391, et par les coutumes transcrites, n° 392 ; voy. ci-après, n° 402, l'opinion de Souchet.

401. Auteurs qui attribuent la propriété des petites rivières aux seigneurs hauts justiciers :

LAROCHE-FLAVIN, *Traité des droits seigneuriaux*, chap. 17, art. 1 :

« *Par la coutume et loi du royaume* (2) les seigneurs hauts justiciers sont fondés en la propriété des fleuves et rivières non navigables qui passent en leur jurisdiction ; d'où s'ensuit qu'ils sont fondés aussi à prohiber qu'aucun ne fasse moulin auxdits rivières et ruisseaux. »

DESPEISSES, tit. 5, art. 3, sect. 9, n° 1 :

« Les fleuves non navigables appartiennent aux seigneurs justiciers dans les terres desquels ils prennent leurs cours. »

BOBÉ, coutumes de Meaux, art. 182 :

« Les petites rivières et les ruisseaux qui sont dans le territoire des seigneurs particuliers leur appartiennent en conséquence de la haute justice qui leur donne le droit d'en affermer la pêche et d'y construire des moulins. »

BRETONNIER, sur Henrys, liv. 3, ch. 3, quest. 35 :

« Les particuliers ne peuvent, de leur autorité, construire des moulins sur les rivières et les ruisseaux, ni pareillement en tirer de l'eau pour faire moudre leurs moulins, sans la permission du seigneur haut justicier, que l'on appelle bénévis. »

LAPLACE, v° *Fleuve*, n° 70 :

« On a douté si les ruisseaux appartenaient aux seigneurs justiciers ; on trouve même des auteurs qui ont décidé la négative. Néanmoins l'usage est que les seigneurs ont le droit prohibitif de pêche sur les ruisseaux qui coulent dans leur détroit, tout comme sur les fleuves non navigables. En effet, il y a même raison pour les uns et pour les autres. »

PELÉE DE CHENONTEAU, coutume de Sens, p. 21 :

« 3. Les rivières particulières et ruisseaux appartenant aux seigneurs hauts justiciers, les îles, îlots et accrues qui s'y forment, font partie de leur domaine (Bacquet, *Droits de justice*, ch. 30) (1).

(1) Quelle coutume ? quelle loi ?

(2) Bacquet, comme on l'a vu *suprà*, n° 398, dit tout le contraire.

« 4. Le droit de pêche en rivières et ruisseaux non navigables appartient au seigneur haut justicier, à l'exclusion du seigneur féodal.

. . . .

« 16. Le droit attribué au seigneur haut justicier sur les ruisseaux consiste en celui de pêche et de justice, sans que le seigneur puisse s'opposer à l'usage journalier que les propriétaires des fonds adjacents aux ruisseaux peuvent en faire pour l'irrigation de leurs prés. »

Lapoix-Fréminville, *Pratique des terriers*, t. 4, p. 426 :

« Le souverain, *maître entier de tout ce qui est dans le royaume*, *a distribué les fiefs et seigneuries* au profit de ceux qu'il en a voulu gratifier, et leur a donné tout ce qui lui appartenait dans la circonscription de la justice de ses fiefs, tant en fonds de terre que des eaux qui la traversent ou y séjournent. *Nulle difficulté par l'usage, les lois et l'exercice de la haute justice*, que les rivières qui passent dans une seigneurie n'appartiennent *en toute propriété* au seigneur justicier; CELA N'EST PAS MÊME MIS EN CONTRADICTION PAR AUCUN AUTEUR, *pas même par aucune coutume de France, et ce n'est que sur ce principe de propriété qu'elles sont appelées banales* (1). »

402. Je terminerai ce qui concerne les auteurs, et en même temps le chapitre du droit des rivières, en faisant connaître l'opinion de deux graves jurisconsultes, opinions qui, à mes yeux, résument parfaitement toute cette matière. L'un d'eux est Souchet, le dernier commentateur coutumier, et qui, selon Merlin, a traité la question des rivières mieux que nul autre (2).

Coutume d'Angoumois, titre des fiefs, chap. 1, art. 29 :

N° 44. « Aucune loi générale n'a attribué aux seigneurs la propriété des

---

(1) Nous connaissons Lapoix-Fréminville, ses doctrines et ses audacieuses affirmations : celles qui terminent ce passage sont incroyables, et montrent à quel point peut aller un agent du fisc quand il s'agit de systématiser une prétention. Nous savons pourquoi Fréminville attache la propriété des petites rivières à la haute justice qui ne constitue pour les seigneurs « qu'un usufruit que le roi peut retirer à volonté (n° 344). » Ainsi l'attribution de tous les cours d'eau au domaine de l'État n'est pas une invention nouvelle, et la voie dans laquelle entrent aujourd'hui les domanistes leur a été ouverte par leurs devanciers.

(2) Peut-être serait-il vrai de dire qu'il est le seul à l'avoir véritablement traitée. La discussion est fort étendue; je n'en cite ici que les conclusions.

petites rivières. Si quelques coutumes leur ont donné ce droit, ces dispositions ne peuvent rien changer dans la jurisprudence des coutumes qui ont laissé subsister les usages ou les droits établis par le droit commun.

» Les seigneurs qui ont accensé leurs domaines sans se réserver spécialement les rivières qui les arrosent ont compris tacitement dans leur accensement ces rivières et ces ruisseaux. Par cette raison, les meilleurs auteurs ont soutenu persévéramment que les ruisseaux et les rivières qui ne sont pas navigables de leur fond appartiennent sans distinction aux propriétaires riverains des héritages que ces ruisseaux ou rivières baignent de leurs eaux....

» Chopin soutient que les rivières banales appartiennent aux seigneurs hauts-justiciers, de même que les fours et les moulins banaux. Il a raison ; mais il ne peut y avoir de rivières banales, de four ou de moulin banal, qu'autant qu'ils sont autorisés par les coutumes. Ces servitudes exigent des titres. Comme les coutumes qui forment les titres n'attribuent ces droits qu'aux seigneurs justiciers, il ne peut y avoir de rivière banale dans un pays, à moins qu'elle n'appartienne à un seigneur justicier.... »

45. « Quel est donc actuellement le droit que peuvent avoir les seigneurs justiciers sur les rivières qui coulent dans leurs fiefs ? C'est le même que celui des autres propriétaires riverains.... »

49. « Les seigneurs des fiefs qui ont justice, et ceux qui n'ont aucune juridiction, ont également la propriété des rivières et ruisseaux qui coulent dans leurs héritages ; hors de leurs domaines, ils n'ont aucun droit de propriété utile sur le courant des rivières qui ont quitté leurs possessions. *Ils n'ont même aucun droit dans l'étendue des héritages de leurs censitaires.* »

Le second est Merlin, assurément le jurisconsulte des temps modernes le plus instruit des principes du droit seigneurial. *Questions de droit*, v° *Pêche*, § 1 :

Il est faux, absolument faux, qu'aucune loi générale ait jamais déclaré les seigneurs propriétaires des rivières non navigables. Les seigneurs ne sont parvenus à se faire regarder comme tels, dans la très grande majorité des coutumes, que par l'analogie qu'ils ont su établir entre les chemins qu'elles leur attribuent et les rivières dont elles ne parlent pas...Quant aux coutumes muettes à la fois sur les rivières et sur les chemins, les ci-devant seigneurs ont encore bien moins de moyens que pour les autres pour s'y maintenir dans la propriété des rivières. Ils n'avaient pour eux dans ces coutumes aucun titre qui leur attribuât cette propriété ; ils ne pouvaient invoquer à cet égard que des auteurs qui avaient écrit à leur avantage, et dont les opinions n'étaient sûrement pas des lois. Il a donc suffi dans ces coutumes, pour faire cesser toutes leurs prétentions à la propriété des rivières, de détruire la base sur laquelle reposaient ces prétentions ; et cette base était, comme on l'a déjà dit, leur qualité de seigneurs justiciers.

Mais nous raisonnons, nous discutons, comme s'il était bien reconnu que

hors les quatre ou cinq coutumes de France qui déclarent les seigneurs propriétaires, à titre de leurs justices, des rivières non navigables, les seigneurs justiciers avaient réellement cette propriété avant les décrets du 4 août 1789; et il s'en faut beaucoup qu'il en soit ainsi; il s'en faut même tellement, que nous pourrions, en supposant la justice seigneuriale encore existante, ou, ce qui est la même chose, en nous reportant au temps qui en a précédé l'abolition, soutenir *que les rivières n'appartiennent pas aux seigneurs justiciers.* Tel est, en effet, le résultat auquel conduit nécessairement un examen réfléchi des ordonnances, des coutumes et même du plus grand nombre des auteurs qui ont écrit longtemps avant la révolution.

Le lecteur a pu reconnaître avec quelle exactitude tous les renseignements de ce livre s'appliquent aux doctrines de Merlin; ainsi, d'une part, l'exploration la plus consciencieuse et la plus détaillée confirme la justesse des théories du plus puissant jurisconsulte de notre époque, et, de l'autre, les résultats du travail auquel je me suis livré peuvent s'appuyer d'une haute science et de l'autorité d'un grand nom.

CHAPITRE XI.

DES LOIS ABOLITIVES DE LA FÉODALITÉ.

§ I.

DES EFFETS GÉNÉRAUX DE L'ABOLITION DU RÉGIME SEIGNEURIAL.

SOMMAIRE.

403. De la condition des laboureurs avant les États généraux de 1789.
404. Des circonstances qui ont déterminé l'abolition des droits seigneuriaux.
405. Exposé des lois abolitives de la féodalité.
406. Examen des effets généraux de ces lois, et bases de cet examen.
407. De l'abolition des droits de justice et de ses résultats.
408. Des droits de fief.
409. Effets de la suppression des droits féodaux tant à l'égard des vassaux qu'à l'égard de l'État.
410. Du servage. — De la mainmorte. — Du simple fermage.
411. De la valeur des concessions seigneuriales. — Résumé.

403. Aux derniers états généraux du 15[e] siècle, le laboureur était représenté et ses intérêts chaleureusement défendus : « Quand le povre laboureur, disait l'organe du tiers-état, a toute » la journée travaillé à grand' peine et sueur de son corps, e » qu'il a cueilli le fruit de son labeur, dont il s'attendait à vivre,

» on vient lui ôter partie du fruit de son labeur pour bailler à
» tel peut-être qui batera le povre laboureur avant la fin du
» mois.... et quand le povre homme laboureur a payé à grand'
» peine la cote en quoi il était de sa taille pour la soulde des
» gendarmes et qu'il se cuide conforter à ce qui lui est demeuré,
» que ce sera pour vivre et passer son année ou pour semer, vient
» une espasse de gendarmes qui mangera et dégatera ce pou de
» bien que le povre homme aura réservé pour son vivre. Et en-
» core y a peine. A la vérité, se n'était Dieu qui conseille les po-
» vres et leur donne patience, ils cherraient en désespoir (1). »

A cette époque le roturier de la ville et le vilain des campagnes avaient des intérêts communs, et n'en avaient point d'opposés.

En 1789, les choses avaient changé. Le bourgeois était devenu riche, éclairé, puissant; il était presque partout possesseur de fiefs et de censives; acquéreur de redevances féodales et de droits seigneuriaux; propriétaire ou officier de justice seigneuriale. La domination des seigneurs avait disparu dans les villes (2). La position du vilain ne s'était guère améliorée sous le rapport des obligations et des tributs; il n'avait pas cessé d'être écrasé sous le poids des impôts; il payait comme par le passé les dîmes ecclésiastiques, les coutumes justicières et les devoirs féodaux; il subissait encore les banalités et les priviléges, les corvées et la mainmorte. Si les exigences qui causaient sa misère étaient moins brutales et moins humiliantes, elles n'étaient pas moins rigoureusement exercées. Souvent il avait plus perdu que gagné à passer des mains d'un seigneur noble de race dans celles d'un seigneur bourgeois ou anobli.

Dans le nouvel état de choses, le roturier des villes et celui des campagnes, loin d'être réunis par un intérêt commun, étaient divisés par des intérêts opposés. Le laboureur haïssait

(1) Bathery, *Histoire des États généraux*, p. 162.

(2) Plusieurs ordonnances, et notamment celle de septembre 1693, avaient ordonné le rachat forcé des droits seigneuriaux dans les villes et bourgs fermés; rachat dont le prix, d'abord versé dans les caisses du roi, devait être l'objet d'une indemnité à payer par l'État aux seigneurs.

son seigneur noble, comme seigneur et non comme noble, et cette antipathie n'était ni moindre, ni différente, quand le seigneur était bourgeois.

Aussi trois mois s'étaient écoulés depuis que les états généraux de 1789 étaient réunis pour organiser la révolution déjà opérée dans les mœurs, dans les idées, dans les espérances de tous ceux qui se trouvaient mal de l'ancien régime, et les députés du tiers-état n'avaient encore rien dit des souffrances de l'habitant des campagnes; aucune réclamation ne s'était élevée contre les droits seigneuriaux; il semblait que le vilain ne dût pas prendre, encore cette fois, part au banquet de la révolution qui s'effectuait, et que la sienne était remise à un autre temps.

Le tiers-état oubliait leur communauté d'origine, et ses députés croyaient ne représenter que les bourgeois qui l'avaient élu (1). Les intérêts seuls de la bourgeoisie la préoccupaient dans sa lutte avec la noblesse, qu'elle ne cherchait qu'à mettre à son niveau ou à remplacer. Les cahiers avaient généralement posé en principe le respect des propriétés, et le roi répondait à ce vœu dans sa déclaration, lors de l'ouverture des États, en disant : « Toutes les propriétés, sans exception, seront constam-
» ment respectées, *et Sa Majesté comprend expressément sous*
» *le nom de propriétés les dîmes, cures, rentes, droits et de-*
» *voirs féodaux et seigneuriaux*, et généralement tous les
» droits et prérogatives utiles ou honorifiques attachés aux ter-
» res et aux fiefs, ou appartenant aux personnes (2). » Cette déclaration n'avait excité ni murmures ni réclamations dans l'assemblée.

404. Les paysans n'avaient point ainsi compris la liberté qu'ils s'entendaient promettre de toutes parts; pour eux, et à juste titre, l'asservissement c'étaient les droits seigneuriaux, et leur exi-

---

(1) Ce défaut de représentation des laboureurs était si bien senti que plusieurs cahiers proposaient d'établir un ordre autre que celui des communes, sous le titre d'ordre des campagnes. V. l'*Histoire parlementaire* de Buchez et Roux, t. 2, p. 176.

(2) *Histoire parlementaire*, t. 2, p. 17.

gence, loin de s'adoucir, devenait plus rude et plus sévère. Les agents des seigneurs, la plupart hommes de loi de bas étage, praticiens affamés, comme au temps de Loyseau, voyaient s'accroître leur influence à l'approche d'une révolution dans laquelle ils devaient dominer ; ils n'en étaient que plus durs et plus impérieux envers les malheureux qui subissaient leur autorité. Les exactions étaient d'autant plus rigoureusement exercées, qu'elles étaient menacées et leur abolition impatiemment espérée (1).

Les campagnes se soulevèrent de toutes parts et mirent en œuvre le moyen auquel elles n'avaient cessé de recourir pour se soustraire à l'oppression seigneuriale; les laboureurs incendièrent encore une fois les châteaux, ravageant les domaines, détruisant les archives, brûlant les chartriers et les dépôts des rôles de redevance. Le royaume se couvrit de nouveau de leurs bandes furieuses; les descendants des bagaudes, des jacques, des bonshommes, renouvelèrent leurs dévastations. Cette fois leurs efforts devaient réussir et leur faire gagner la bataille qu'ils soutenaient depuis 1800 ans presque sans interruption.

Les seigneurs étaient désormais trop faibles pour résister, et, dans un grand nombre de localités, ils souscrivirent des actes de renonciation à leurs droits; mais les paysans rencontrèrent les gardes nationales, armée des bourgeois et des propriétaires de droits censuels, plus puissants alors que les seigneurs, comme on ne devait pas tarder à le reconnaître; les luttes devinrent sanglantes et cruelles; les villes effrayées invoquèrent le secours de l'Assemblée nationale. Un projet d'arrêté fut présenté, déclarant qu'occupée sans relâche de la régénération de l'État, l'Assemblée ne pouvait suspendre ou détourner ses travaux, et que, jusqu'à ce que le temps fût venu de s'occuper des droits féodaux, ces droits devaient être acquittés et leur paiement soutenu par la force appartenant a la loi. Mais quand il s'agit de discuter cette déclaration, l'urgence devint plus manifeste; les causes de désordre furent énergiquement exposées, et la nécessité d'une ré-

(1) Discours de M. le vicomte de Noailles, séance du 4 août 1789; *Hist. parl.*, t. 2, p. 224.

forme dans l'exercice des droits seigneuriaux presque unanimement reconnue. L'Assemblée vota, dans la nuit célèbre du 4 août, cette réforme qui, tout en comportant un immense sacrifice de la part des seigneurs, n'était cependant pas de nature à satisfaire pleinement aux réclamations de leurs sujets.

405. Le décret qui sortit de cette discussion, promulgué le 3 novembre 1789, portait :

Art. 1. L'Assemblée nationale *détruit entièrement le régime féodal* et décrète que, dans les droits tant féodaux que censuels, ceux qui tiennent à la mainmorte réelle ou personnelle, et à la servitude personnelle, et ceux qui les représentent, sont abolis sans indemnité et tous les autres déclarés rachetables; et le prix et le mode du rachat seront fixés par l'Assemblée nationale. Ceux desdits droits qui ne sont point supprimés par ce décret continueront néanmoins à être perçus jusqu'au remboursement.

Le décret déclarait, en outre, abolis sans indemnité : le droit exclusif des fuies et colombiers (art. 2); le droit exclusif de la chasse et des garennes (art. 3); les dîmes de toutes nature possédées par les gens de mainmorte (art. 5). La loi déclarait rachetables les dîmes autres que les précédentes (art. 5), toutes les rentes foncières perpétuelles (art. 6); elle supprimait sans indemnité toutes les justices seigneuriales (art. 4). L'Assemblée devait immédiatement s'occuper de la rédaction des lois nécessaires pour le développement des principes qu'elle venait de fixer.

En effet, un décret des 15-28 mars 1790 compléta la distinction posée par le précédent : l'art. 1er porte : « Toutes distinctions honorifiques, supériorité et puissance résultant du » régime féodal sont abolies; quant à ceux des droits utiles » qui subsisteront jusqu'au rachat, ils sont entièrement assimilés aux simples rentes et charges foncières. » Le titre 2 fut consacré à l'énumération des droits supprimés sans indemnité; le titre 3 comprit les droits seigneuriaux rachetables dont le signe distinctif fut ainsi arrêté; art. 1er : « Seront simplement rachetables, et continueront d'être payés jusqu'au rachat effectué, tous les droits et devoirs féodaux ou censuels utiles, qui » sont le prix et la condition d'une concession primitive du fonds. »

Un troisième décret des 13-20 avril 1791 statua particulièrement sur les droits de justice réservés dans la loi du 28 mars 1790:

Art. 7. Les droits de déshérence, d'aubaine, de bâtardise, d'épaves, de varech, de trésors trouvés, et celui de s'approprier les terres vaines et vagues ou gastes, landes, biens hermes ou vacants, garrigues, flégard ou vareschaix, n'auront plus lieu en faveur des ci-devant seigneurs à compter pareillement de la publication des décrets du 4 août 1789, les ci-devant seigneurs demeurant depuis cette époque déchargés de l'entretien des enfants trouvés.

Art. 8. Et néanmoins les terres vaines et vagues, gastes, landes, biens hermes ou vacants, garrigues, flégard ou vareschaix dont les ci-devant seigneurs ont pris publiquement possession avant la publication du décret du 4 août 1789, en vertu des lois, coutumes, statuts ou usages locaux lors existants, leur demeurent irrévocablement acquis, sous les réserves ci-après.

Art. 9. Les ci-devant seigneurs justiciers seront censés avoir pris publiquement possession desdits terrains à l'époque désignée par l'article précédent, lorsqu'avant cette époque ils les auront, soit inféodés, accensés ou arrentés, soit clos de murs, de haies ou fossés, soit cultivés ou fait cultiver, plantés ou fait planter, soit mis à profit de toute autre manière, pourvu qu'elle ait été exclusive à titre de propriété; ou, à l'égard des biens abandonnés par les anciens propriétaires, lorsqu'ils auront fait les publications et les formalités requises par les coutumes pour la prise de possession de ces sortes de biens.

L'Assemblée constituante ne s'écarta pas de son système qui consistait à distinguer dans les droits ceux qui, d'après les données historiques des feudistes, étaient supposés dériver de concessions, et ceux qui n'étaient que le résultat de la puissance et de l'autorité. L'Assemblée législative s'éloigna de ce principe ; un décret du 25 août 1792 porta ce qui suit :

Art. 1. Tous les effets qui peuvent avoir été produits par la maxime: *Nulle terre sans seigneur*, par celle de l'enclave, par les statuts, coutumes et règles, soit générales, soit particulières, qui tiennent à la féodalité, demeurent comme non avenus.

Art. 2. Toute propriété foncière est réputée franche et libre de tous droits, tant féodaux que censuels, si ceux qui les réclament ne prouvent le contraire dans la forme qui sera prescrite ci-après.

Art. 3. Tous les actes d'affranchissement de la mainmorte réelle ou mixte, et tous les autres actes équivalents, sont révoqués et annulés. Toutes redevances, dîmes ou prestations quelconques établies par lesdits actes, en représentation de la mainmorte, sont supprimées sans indemnité ; tous corps d'héritage cédé pour prix d'affranchissement de la mainmorte, soit par les communau-

du régime seignenrial; le décret du 18 juillet 1793 a seul véritablement fait cesser les effets dn régime que le décret du 3 novembre 1789 avait déclaré *entièrement détruit*. Rendre rachetables des droits qui ne le sont point, ce n'est pas les détruire, et, pour un grand nombre de débiteurs des droits seigneuriaux, la mesure était manifestement illusoire; en qualifiant les rentes féodales de simples rentes foncières, on ne changeait ni leur origine, ni leur véritable cause, et la modification ne portait réellement que sur certaines conditions de la dette.

Le décret de 1793 laissait à la jurisprudence le soin de distinguer, dans les contrats, les rentes purement foncières de celles qui portaient le caractère de féodalité; cette distinction était fort difficile et reposait sur des bases le plus souvent arbitraires. Aussi les principes de la jurisprudence ont constamment varié tant qu'il est resté des procès de cette natnre à juger; les évènements politiques ont exercé une grande influence sur ces variations.

Je n'ai point à m'occuper de cette partie de la législation, non plus que du caractère légitime ou spoliateur des lois abolitives de la féodalité, ou du fondement de la différence que ces lois avaient d'abord reconnue entre les droits abolis sans indemnité et ceux qui n'étaient que déclarés rachetables. Mais je ferai remarquer qu'à l'instant où le législateur a porté ses regards sur la matière des droits seigneuriaux, il a été frappé de la nécessité de distinguer, sans cependant que les conditions de cette distinction apparussent manifestes et faciles à reconnaitre.

Si les éléments du droit seigneurial avaient conservé leurs caractères primitifs, la séparation du fief et de la justice indiquait clairement les obligations qu'il fallait supprimer et celles dont on devait autoriser le rachat. Mais, depuis le XIIIe siècle, les seigneurs et la jurisprudence avaient constamment travaillé à jeter le trouble dans cette matière et à confondre les droits de fief et ceux de justice, ou plutôt à donner aux droits de justice l'apparence et la nature des droits de fief. Ils avaient presque complètement atteint ce but et les éléments de la justice seigeuriale se réduisaient, dans les principes du XVIIIe siècle, à des priviléges honorifiques, à quelques prérogatives, aux banalités, aux droits

de vacants, de déshérences, d'épaves, de confiscation, et à quelques autres que les coutumes avaient préservés de l'interversion. Cette distinction ne pouvait donc satisfaire au vœu du législateur qui était de conserver tout ce qui, sans porter atteinte à la liberté de l'homme, était censé dériver d'un contrat.

C'est pour suppléer à ces bases réelles qui lui manquaient que l'Assemblée constituante distingua ce qui, dans les droits seigneuriaux, lui paraissait dériver de la domination, de ce qui pouvait être considéré comme le fruit ou l'effet d'une convention (1). Sur ce point, elle tomba dans une confusion à laquelle devaient la conduire les doctrines historiques qui rattachaient les redevances censuelles de toute nature à une concession territoriale; dans la théorie des lois abolitives on voit dominer les croyances du XVIIIe siècle telles que je les ai expliquées dans le cours de cet ouvrage. L'impossibilité d'établir des règles générales et la nécessité où le législateur se trouva de prendre pour ainsi dire chaque droit un à un, pour lui appliquer une solution que le défaut de principe ne permettait pas de laisser à la jurisprudence, témoignent suffisamment de l'embarras résultant d'une hypothèse erronée. Dans l'application de la loi et dans les efforts de son exécution, la pratique résistait à la théorie, comme elle n'avait jamais cessé de faire depuis que la vérité s'était altérée dans les idées relatives aux conditions du fief et de la justice.

La persistance de la législation dans le système de l'Assemblée constituante n'eût pas permis de se fonder, pour interpréter cette législation et en discuter les effets, sur d'autres bases que celles qu'elle avait admises et supposées; car les erreurs du législateur font partie de la loi et s'imposent à l'interprétation, à la différence de celles des commentateurs ou de la jurisprudence. Mais le système primitif des dispositions abolitives du régime féodal, la distinction qu'il comportait, et les doctrines que cette distinction supposait, ont eu le sort du régime féodal lui-même

---

(1) Il faut voir, sur ce système et le développement qu'il a reçu dans les lois de 1790, l'*Histoire du droit français* de M. Laferrière, première édition, t. 2, p. 124 et suiv.

et, comme lui, sont tombés sous l'abrogation de la loi nouvelle qui seule a régi la matière des droits seigneuriaux et doit encore la régir aujourd'hui. La véritable nature des choses, les caractères réels des droits supprimés, et l'histoire vraie qui les détermine, reprennent donc toute leur autorité et doivent seuls être consultés pour constater les effets légaux de la loi de 1793.

Ainsi rien aujourd'hui n'oblige le commentateur de cette loi à suivre, dans l'explication de ses résultats, les bases posées par les lois précédentes. Les préjugés du XVIII[e] siècle formant la croyance des législateurs de 1790 peuvent être écartés, et les vrais principes du droit seigneurial, tels que les reconnaissait la législation des coutumes et des ordonnances, doivent reprendre l'influence qui leur appartient.

C'est donc en partant des conditions du fief et de la justice, tels que les titres légitimes de ces institutions nous les ont montrés, que nous devons examiner les conséquences de ces paroles du législateur : « Toutes redevances ci-devant seigneuriales, droits » féodaux, censuels, fixes et casuels, sont supprimés. » Texte simple et absolu auquel se borne définitivement toute la législation abolitive du régime seigneurial.

407. Le décret du 18 juillet 1793 confirmait et complétait la déclaration du 6 octobre 1791, publiée sous le titre de Code rural, et dont l'art. 1[er] portait :

Le territoire de la France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent ; ainsi toute propriété territoriale ne peut être assujétie envers les particuliers qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi, et envers la nation qu'aux contributions publiques établies par le corps législatif.

Cette déclaration constatait une immense et profonde révolution dont la portée a cessé d'être comprise.

Sous le régime seigneurial, trois sortes de servitudes pesaient sur les personnes et sur le sol ; les unes dérivaient de la justice, les autres du fief et du servage.

La loi révolutionnaire abolissant le fief, le servage et la justice, faisait disparaître toutes ces servitudes ; mais les effets de ces divers affranchissements étaient fort différents.

La justice seigneuriale était un vestige persistant de la domination romaine ; depuis l'établissement des premiers proconsuls et des justiciers exploitant sous eux les produits de la conquête, il n'existe aucun évènement, aucun acte politique qui en ait opéré l'abolition avant le décret du 3 novembre 1789. Vainement on cherchera, dans la série des lois qui se sont succédé depuis Théodose jusqu'à Louis XVI, une disposition qui anéantisse ou suspende le pouvoir fiscal auquel la Gaule était soumise au IIIe siècle.

Bien que, par une mesure générale, les habitants des provinces eussent été revêtus de la qualité de citoyens romains, leurs possessions territoriales n'avaient pas perdu le caractère de sol tributaire. L'impôt provincial avait conservé sa nature de tribut, et ce tribut s'était maintenu dans ses conditions premières de servitude en passant dans le domaine privé par l'appropriation des justices. J'ai montré le *census*, le *tributum*, la *consuetudo*, en un mot toute la fiscalité romaine, se perpétuant de siècle en siècle, vivace et sans interruption jusqu'au 18e siècle ; ce n'est que devant la loi de 1790 que ces redevances ont disparu ; ce n'est qu'avec elle que la condition de celui qui les payait a véritablement changé et qu'il a pu se dire libre, dans sa personne et dans ses possessions.

Jusque-là la liberté dans nos institutions n'a existé qu'à l'état d'exception, et, à vrai dire, d'exemption ; c'était avec raison et très exactement qu'on appelait *privilége* tout ce qui la constituait ou la garantissait. C'était comme immunes et non en vertu d'un droit commun que les possesseurs d'alleux ou de terres féodales étaient affranchis de tout ou partie des obligations justicières. La règle générale était l'assujétissement au pouvoir justicier, assujétissement exprimé dans la maxime Nulle terre sans seigneur, avec sa première valeur, et dont on cherchera vainement le commencement ailleurs que dans la législation romaine : *Omne territorium censeatur*... (no 161).

Plus on examinera la véritable origine des droits de justice et plus on se convaincra que tant qu'ont duré le pouvoir qui les exerçait et les hommes qui les subissaient, il y a eu en France un vainqueur et un vaincu, l'un représentant le Romain conquérant

et en possédant l'héritage, l'autre successeur du Gaulois et supportant l'assujétissement de la conquête.

Cette position n'a jamais cessé d'être celle du possesseur, de l'hôte, de l'homme de pooste, de l'estagier, du coutumier, du vilain, du roturier, en un mot du sujet de la justice payant au justicier, pour sa personne, ou pour sa terre censuelle, le tribut qui se paie à l'étranger.

Jusqu'à 1789, l'anoblissement seul a soustrait la personne du censitaire à la condition d'homme vaincu (nº 137); de même l'allodialité seule a soustrait ses possessions aux lois de la conquête; libre, noble, alleu, n'ont eu qu'un même sens; la loi de 1789 n'a point procédé autrement ni employé un autre langage en supprimant la justice seigneuriale; elle a rendu d'un seul coup toutes les terres allodiales et tous les Français nobles; c'est le résultat que signalait M. Merlin : « Tous les biens, di-» sait-il, en présentant la loi du 15 mars 1790, sont aujourd'hui » des alleus (1); » et la loi de 1791 sustranscrite : « Le territoire » de la France est *libre* comme les personnes qui l'habitent. » Ces expressions n'ont qu'une même portée : « Le sol et ses pos-» sesseurs cessent d'être un peuple et un sol conquis. »

Il est évident que rien, dans les droits de justice, ne pouvait survivre à cette révolution qui rendait les Gaules à la liberté; il n'existait plus ni vainqueur, ni vaincu ; ni *præmium victoriæ*, ni *pœna belli*; ces conditions de l'homme ou du sol supposent un joug et sont incompatibles avec le principe d'indépendance nationale. L'État, le domaine public, la société nouvelle, ne pouvaient trouver dans l'héritage du justicier rien qui pût convenir à leurs éléments nouveaux; le fisc lui-même voyait s'évanouir, pour lui comme pour tout autre, tout ce qu'il possédait comme dérivant de la justice seigneuriale. Les droits seigneuriaux de toute espèce, perçus au nom du roi ou des communautés, disparaissaient; d'autres devaient les remplacer, mais avec un caractère propre, celui de contribution publique, consentie et votée par les contribuables eux-mêmes et payée par eux pour être employée

(1) Voyez le numéro suivant.

dans leur intérêt commun. Le domaine public ne pouvait tenir aucun droit, aucune attribution de la cause qui avait approprié le justicier; la liberté ne peut rien devoir à la servitude et ne saurait puiser à la même source.

Ainsi, dans les attributions actuelles du domaine public, les droits de hallage, de monnaies, le service militaire, les contributions, l'appropriation des terres sans maître, des déshérences, des épaves, n'ont rien de commun avec l'héritage de la justice. L'État ne s'en est point trouvé implicitement saisi par les lois qui en ont dépouillé les seigneurs; c'est à des lois nouvelles, distinctes, expresses, qu'il les doit; il n'est point l'héritier du justicier; celui-ci n'a point laissé de succession; tout a disparu dans son avoir avec sa cause et les conditions auxquelles il le devait. Ses droits ne sont plus qu'un souvenir. L'organisation actuelle ne peut rien posséder qui s'y rattache; les lois révolutionnaires ne pouvaient que les anéantir, non les conserver ou les transmettre dans quelque partie que ce fût, parce qu'ils étaient tous infectés du même principe d'asservissement, à jamais rejeté de nos institutions.

408. Relativement aux droits de fiefs, l'effet des lois abolitives a été différent, la loi de 1789 ne les déclarant pas supprimés, mais rachetables. M. Merlin expliquait les résultats et l'intention de cette loi dans les termes suivants de son rapport sur celle du 15 mars 1790 :

« Sans contredit, en détruisant le régime féodal, vous n'avez pas entendu dépouiller de leurs possessions les propriétaires légitimes des fiefs; mais vous avez changé la nature de ces biens; affranchis désormais des lois de la féodalité, ils sont demeurés soumis à celles de la propriété foncière; en un mot, ils ont cessé d'être fiefs et sont devenus de véritables alleux.

» Vous apercevez déjà les conséquences qui doivent résulter de ce premier principe.

» Il n'existe plus de fiefs; donc il ne peut plus y avoir lieu à la foi et hommage; car l'objet de la foi et hommage est de reconnaître la supériorité du seigneur dominant, de lui jurer fidélité, et comme, suivant la remarque de Dumoulin, c'est précisément en cela que consiste l'essence des fiefs, il est clair que cette essence étant détruite, un pareil accessoire ne peut subsister.

» Il n'existe plus de fiefs; donc nous devons regarder comme abolie toute

charge imposée au vassal, qui, sans être utile, mais seulement honorifique pour le suzerain, ne servait, soit concurremment avec la foi et hommage, soit en la remplaçant, qu'à manifester la puissance de celui-ci et l'infériorité de celui-là. Telle est, dans plusieurs seigneuries, la charge de danser, de faire un certain nombre de sauts devant le seigneur, à certains jours de l'année. Telle est encore (et sans doute ce rapprochement ne fera pas suspecter les sentiments religieux de votre comité), telle est l'obligation à laquelle sont assujétis les possesseurs de fiefs relevant des églises dans les trois évêchés, de porter le dais aux processions du Saint-Sacrement. Telle est pareillement, à l'égard des fiefs qui ne sont pas de *profit* et ne doivent que *la bouche et les mains*, l'obligation d'en fournir le dénombrement à chaque mutation.

» Il n'existe plus de fiefs ; donc les lois particulières qui, dans les successions, régissaient les biens ci-devant féodaux, deviennent sans objet et sans application ; donc, plus de droit d'aînesse ni de masculinité pour les fiefs, à moins que les successions de meubles et de rotures (sur lesquelles nous ne pourrions vous proposer aucune vue de législation, sans excéder les bornes de notre mission) n'y fussent elles-mêmes sujettes; donc égalité absolue dans les partages de fiefs entre tous les héritiers du dernier possesseur, lorsque ceux-ci sont appelés au partage égal de ses meubles et rotures.

» Il n'existe plus de fiefs, et nous devons ajouter plus de censive ; donc la supériorité féodale et censuelle est évanouie ; donc les retraits féodaux et censuels, qui n'étaient que des attributs de cette supériorité, comme nous nous réservons de l'établir par des détails particuliers, ne peuvent plus avoir lieu.

» Il n'existe plus de fiefs ; donc tous les droits utiles dont sont chargés les biens ci-devant féodaux ne doivent plus être considérés que comme des droits purement fonciers et des créances purement réelles (1). »

Tous les effets de la loi révolutionnaire à l'égard de la propriété foncière sont compris dans ces paroles : « Les fiefs sont » désormais des alleus. » Déjà j'en ai démontré le sens sous le rapport de la justice ; pour en saisir la valeur à l'égard des droits de fief, il faut nécessairement se reporter aux conditions de ce contrat et se rappeler les droits respectifs des parties, en d'autres termes, les éléments de la directe et ceux du domaine utile.

La directe se composait de tout ce que le seigneur avait stipulé à son profit, tant en réserves qu'en droits nouveaux.

Le domaine utile comprenait toutes les jouissances non réservées du territoire afféagé.

(1) Nouveau répertoire, v° Féodalité, § 6.

Relativement à ce territoire, les règles du domaine utile étaient celles du domaine direct, c'est-à-dire que tout ce qui était soumis à ce dernier droit l'était au premier; j'ai cité deux exemples remarquables de cette règle : l'un (n° 391) consistant dans l'application générale au domaine utile du principe *Habens territorium limitatum in certo jure sibi competente est fundatus in eodem jure, in quâlibet parte sui territorii*; l'autre (n° 374) dans le droit du possesseur du domaine utile aux accroissements par alluvion.

Dans l'abolition des droits de fiefs, le législateur se proposait de faire cesser cette copropriété du seigneur et du vassal, cette double affectation du sol et la gêne réciproque résultant des droits coexistants. Aussi la faculté de rachat n'était-elle pas bornée aux possessions féodales; les rentes foncières et tout ce qui, comme cette convention, donnait deux maîtres à la terre, était soumis à la même condition. La propriété devait être une pour être libre; le sol ne devait pas avoir deux proprietaires, le droit de l'un devait céder à celui de l'autre; le vassal était autorisé à acheter les droits du seigneur et celui-ci forcé de les céder; désormais ils ne pouvaient plus rien avoir de commun et la terre devait appartenir pleinement et absolument au premier. L'Assemblée constituante avait compris cette vérité, qui semble aujourd'hui méconnue des économistes, que le fonds le plus libre est le plus productif et que les travaux de l'agriculteur sont d'autant plus profitables qu'ils sont plus indépendants de toute entrave et de toute direction étrangère. C'était donc ainsi que, sous le rapport des fiefs, il fallait entendre l'art. 1er du Code rural : « Le territoire de la France est libre comme les personnes qui l'habitant. » L'art. 2 ne faisait qu'insister sur cette même idée de liberté du propriétaire, en disant : « Les propriétaires sont libres de varier à leur gré la culture et l'exploitation de leurs terres, de conserver à leur gré leurs récoltes et de disposer de toutes les productions de leurs propriétés; » et l'art. 2 de la section 5 : « Chaque propriétaire sera libre de faire sa récolte, de quelque nature qu'elle soit, avec tout instrument et au moment qui lui conviendra... » C'est au même principe que se rattachaient la faculté de se clore, accordée à tout propriétaire, la promesse de la suppression du parcours et de la vaine pâture, et enfin la

règle « Nul n'est tenu de rester dans l'indivision (1), » reproduite par l'art. 815 du Code civil.

409. La faculté de racheter s'étendant à la fois à toutes les portions du territoire inféodé et à tous les droits de la directe, il était nécessaire pour que le but fût atteint qu'il ne restât rien aux mains du seigneur, et que sous aucun prétexte il ne pût franchir les limites du fief ou de la censive. La maxime *Habens territorium limitatum...* suivait le contrat féodal jusque dans sa dissolution, et le même droit que le rachat conférait au vassal ou censitaire, sur une partie quelconque du fonds afféagé ou accensé, lui devait appartenir sur toutes les parties. Ainsi la faculté de racheter ne se bornait pas aux redevances et aux devoirs féodaux ou censuels, elle s'étendait à tous les éléments de la directe et par conséquent aux revenus et droits quelconques, sur quelque portion que ce fût du territoire.

La loi de 1793, en déclarant tous les droits féodaux ou censuels supprimés sans indemnité, n'a fait que supposer les droits rachetés en dispensant l'acquéreur de les payer; la faculté accordée, par la loi de 1789, aux vassaux et censitaires d'acquérir *une propriété qu'ils n'avaient pas* (2), a été remplacée par l'attribution directe, immédiate et gratuite de cette même propriété. Ainsi, sous le rapport des droits atteints et de la personne qui devait profiter de la loi, rien n'a été changé; tout ce qui pouvait être racheté a été supprimé sans indemnité; quiconque pouvait racheter a été saisi de tout ce qu'il aurait pu racheter.

De là plusieurs conséquences :

La première, que la loi de 1793, pas plus que celle de 1789, n'a pu profiter à l'État, ni lui conférer aucun élément quelconque de la directe seigneuriale. Évidemment nul autre que le vassal ne pouvait racheter les droits composant la directe, et celui-ci pouvait les racheter tous. L'acquisition par un autre, quel qu'il fût,

---

(1) En considération de cet adage vulgaire et vrai : « Qui a consort » maître. »

(2) Rapport de M. Tronchet.

d'un droit quelconque de la directe, n'eût pas affranchi la propriété ; le sol n'eût pas cessé d'être assujeti à une double possession et le vassal à une supériorité personnelle.

Ainsi, l'État n'eût pas été fondé, d'après les lois de 1789 et 1790, à exercer le rachat d'aucun droit féodal, en d'autres termes, d'aucune portion de la directe. Il n'a donc été saisi d'aucun droit de cette nature par la loi de 1793. Tout ce qui pouvait appartenir au seigneur du fief, tout ce qui a été supprimé, s'est réuni en masse et sans exception au domaine utile ; la consolidation s'est opérée de plein droit et absolument.

Il suffit donc d'établir l'existence d'un droit de directe féodale pour démontrer l'appropriation exclusive et absolue du vassal sur le fief ou la censive duquel ce droit s'exerçait.

La seconde conséquence consiste en ce que la loi abolitive de la féodalité n'a rien modifié dans la propriété de l'alleu ; cette possession, en effet, était libre de toute sujétion féodale, et dès lors ne pouvait pas en être libérée. L'alleu est donc resté ce qu'il était sous le rapport de la loi du fief. Les lois révolutionnaires ne lui ont profité qu'en ce qu'elles ont fait disparaître les dernières conditions d'assujétissement à la justice, auxquelles suivant les localités il pouvait être soumis. Elles ont également fait évanouir les systèmes d'inféodation supposés par les domanistes et fondés sur la chimère fiscale de la directe universelle, et, par suite, tous les droits quelconques que le domaine avait pu s'attribuer, en vertu de ce principe, sur les terres allodiales. C'est ce qu'exprimait, au surplus, le décret du 25 août 1792, en disant, art. 1er : « Tous les » effets qui peuvent avoir été produits par la maxime Nulle terre » sans seigneur, par les statuts, coutumes et règles, *soit générales*, » soit particulières, qui tiennent à la féodalité, demeurent comme » non avenus. » Ni l'État ni le possesseur n'avaient rien à racheter dans les jouissances allodiales, en vertu des lois de 1789, ni l'un ni l'autre n'ont rien reçu, rien acquis en vertu de la loi de 1793.

Ce qui vient d'être dit de l'alleu doit l'être également du bien possédé domanialement par le seigneur de fief. Dans les mains du dominant ou suzerain, ce bien était un alleu ; la dénomination de fief dominant n'existait que relativement au fief servant, mais

en lui-même, et sous le rapport de la propriété qui l'affectait, la considération qu'un fief en avait été détaché était nulle et de nul effet. La qualité de seigneur, possédée par son propriétaire, ne modifiait pas les conditions du droit qui l'affectait. Par l'effet des lois abolitives de la féodalité, le seigneur n'eut rien à racheter ; il n'y avait rien non plus dans son domaine qu'il fût obligé de céder ; libre et indépendant avant la révolution, il n'avait rien à en attendre, ni à redouter.

L'État n'a donc rien acquis non plus dans le domaine du féodal ; propriétaire libre d'un territoire libre, le seigneur comme l'alleutier a vu sa condition confirmée, mais non altérée ou modifiée.

410. Relativement aux personnes, les lois abolitives ont supprimé tout ce qui pouvait entraver la liberté, tout ce qui portait nature de devoir ou d'obligation dérivant de la justice ou du fief. Les lois premières avaient suivi la même distinction que pour la propriété foncière, et maintenu les corvées que l'on pouvait considérer comme condition d'une concession de fonds, mais la loi de 1793 supprima tout engagement personnel dérivant du fief ou de la justice, en un mot toute obligation corrélative d'un droit seigneurial.

La suppression de la mainmorte réelle ou personnelle, et de tous les droits représentant la servitude, avait été prononcée par la loi même de 1789. J'ai fait voir que ces droits, ainsi que tout ce qui tenait à la loi de servage, n'était essentiellement ni de la justice, ni du fief (nº 140). C'était un élément du droit de propriété, rattaché soit à la justice, soit au fief, par des causes que j'ai fait connaître. Quoi qu'il en soit, les droits du seigneur sur les terres et possessions des mainmortables ont été supprimés, et ces terres sont devenues, comme toutes les parties du territoire, de vrais alleus libres comme la personne de leur propriétaire.

Cet effet propre ou spécial des dispositions expresses des lois abolitives ne résulte pas du principe général qui rattache au domaine utile tous les émoluments du domaine direct. C'est une cause particulière qu'il ne faut pas perdre de vue. Dans cette

espèce, l'existence d'une directe a été la condition essentielle de l'application de la loi. Il ne s'est point opéré de changement dans les conditions de toutes les possessions précaires qui ne comportaient pas transmission du domaine utile; le droit du propriétaire n'était pas un droit seigneurial, mais un simple droit de propriété. La difficulté était grande sans doute de distinguer sûrement les contrats qui ne laissaient aux mains du bailleur que la directe, de ceux qui lui laissaient la propriété tout entière. En définitive, le domaine utile n'était lui-même qu'une possession précaire devenue plus intense par l'effet de sa longue durée. Le système qui lui attribuait le caractère d'élément de propriété et de portion principale était récent, et même, à l'égard des fiefs, était encore nouveau à l'époque de la révolution (1). Aussi la législation et la jurisprudence ont tranché la question beaucoup plus qu'elles ne l'ont véritablement décidée. Quoi qu'il en soit, ce qui a été reconnu simple fermage est demeuré simple fermage, et le possesseur, même perpétuel, n'a pu ni se prétendre saisi de la propriété, ni même exercer le rachat (2).

411. Si l'on considère la législation abolitive des droits seigneuriaux dans ses effets généraux, on reconnaîtra qu'elle n'a rien détruit dans les mains du vassal, ou censitaire, ou du sujet de la justice; au contraire, elle a consolidé toutes leurs possessions; elle a rendu absolu tout ce qui portait un caractère précaire, dans les concessions dont ils jouissaient. Ainsi les afféagements, les baux à cens, les bénévis, consentis par les seigneurs, dans les limites de leurs droits, se sont trouvés confirmés et transformés en propriété pleine, entière, irrévocable.

Néanmoins, dans les concessions seigneuriales, on doit distinguer ce qui était l'attribution du domaine utile ou même de la propriété entière, de ce qui ne constituait que la subrogation

---

(1) Voy. au *Répertoire de jurisprudence*, v° *Féodalité*, ce qui est dit de la théorie d'Hervé sur ce point.

(2) Voy. la jurisprudence sur les baux à métairie perpétuelle, et le bail à complant de la Loire-Inférieure.

dans l'exercice d'un droit de justice ou de directe. Les droits de justice ou de directe se sont éteints quel que fût celui qui les exerçait; il était seigneur en ce point, et la nature des profits qui lui étaient transmis n'avait point changé. Le propriétaire du domaine utile ne pouvait être privé de la consolidation des droits de directe parce que le seigneur féodal s'en était dessaisi; de même, le justiciable ne pouvait voir sa liberté retardée ou altérée parce que les droits qui la gênaient étaient passés aux mains d'une autre que le justicier. Ainsi le concessionnaire d'un droit de justice ou d'un élément de la directe les a perdus.

Mais il en est autrement d'une concession faite non du droit seigneurial, mais en vertu du droit seigneurial; celle-ci doit être maintenue comme faite par un pouvoir légitime et reconnu à l'époque où elle a eu lieu. La loi du 20 avril 1791 offre un exemple remarquable de l'application de ce principe : l'art. 7 (n° 405) supprime le droit des ci-devant seigneurs de s'approprier les terres vaines et vagues; néanmoins les articles suivants déclarent irrévocables les inféodations, accensements, arrentements, défrichements et actes d'appropriation exclusive qu'ils auraient faits de ces biens. Le droit de concéder ou d'exploiter les vacants appartenait soit aux justiciers, soit aux féodaux (n° 206); là où c'était un droit de fief, la coutume reconnaissait à la concession ou à l'appropriation le même caractère qu'aux actes de même nature ayant pour objet l'inféodation ou la mise en valeur des terres incultes du domaine seigneurial; et en effet il n'existait aucune raison de distinguer dans les diverses parties de la propriété du seigneur; toutes étaient également à lui, cultivées ou non, et l'aspect du sol ne changeait rien à son droit. Pour critiquer les actes concernant ces biens, il aurait fallu que la loi nouvelle contestât la légimité des inféodations ou accensements de toutes les autres portions du même domaine; car leur propriétaire n'avait ni plus ni moins de droit à l'égard de celles-ci qu'à l'égard des autres; il eût été contradictoire et purement arbitraire de confirmer les attributions anciennes et d'annuler les nouvelles, car toutes les terres féodales ou censuelles avaient nécessairement été à l'état de vacant, et leur possession dérivait, d'après leur nature même, d'une concession du seigneur exerçant son droit de disposer des

terres incultes. La date ou l'époque de leur mise en culture ne pouvait donc modifier à leur égard l'effet des lois abolitives de la féodalité.

Dans les coutumes où le droit de vacant appartenait au seigneur justicier, ce droit n'avait point un autre caractère que celui qui, dans d'autres coutumes, appartenait au seigneur féodal. J'ai suffisamment fait comprendre que l'appropriation ne dérivait pas de la justice, mais de la propriété supposée au justicier (nº 351). Tel était le système coutumier fondé ou non sur les véritables causes qu'il consacrait : le seigneur justicier, s'appropriant un terrain vague par la culture, en faisait son domaine; en l'inféodant ou accensant, il en devenait ou demeurait seigneur féodal dominant, et s'en attribuait ou réservait la directe; le vassal, ou censitaire, en recevait le domaine utile. Dans l'hypothèse légale, les conditions de la terre étaient identiquement les mêmes que celles des fonds inféodés par le seigneur féodal, dans les coutumes qui faisaient un droit de fief du droit de vacant; les résultats, dans l'application des lois abolitives, ne pouvaient donc être différents.

Tels sont les effets généraux des lois abolitives de la féodalité : tout ce qui a porté le caractère de droit seigneurial et n'existait qu'en vertu, soit de la loi justicière, soit de la convention féodale, aux mains du seigneur ou de son représentant, a disparu comme une servitude, comme un droit d'usage ou d'usufruit qui s'éteint. Le résultat de l'abolition a été la liberté et l'affranchissement, rien de plus; rien de nouveau n'a été créé, rien d'ancien n'a été transmis; la propriété a été rendue libre et dégagée de toute entrave, de toute association forcée; tout ce qui serait autre chose que l'extinction d'un droit, d'un privilége, d'une prérogative, d'une redevance, d'une obligation, en un mot tout ce qui ne serait pas suppression ou abolition, n'est pas dans la loi du 18 juillet 1793; c'est à d'autres qu'il faut demander les attributions du domaine ou des communautés. Quant aux lois abolitives de la féodalité, elles n'ont eu pour objet que la destruction du régime seigneurial; elles n'ont fait que dépouiller les seigneurs; elles n'ont enrichi que les vassaux, censitaires ou justiciables. Quiconque n'était pas vassal, censitaire ou coutumier, n'en a rien reçu et n'a rien à puiser dans leurs dispositions.

§ II.

DES EFFETS PARTICULIERS DE L'ABOLITION DU RÉGIME SEIGNEURIAL.

SOMMAIRE.

412. Effets variés de l'abolition. — Droits seigneuriaux sur les rivières.
413. Des droits de justice.
414. Des droits de fief.
415. Conséquences des lois abolitives relativement à l'État.
416. Application des principes au droit de pêche.
417. Résumé.

412. La législation révolutionnaire était une dans son but et dans son texte, mais elle ne pouvait l'être dans ses effets; agissant sur une matière dont la diversité infinie était l'essence, les résultats ne pouvaient être que variés; quoique la suppression fût la conséquence uniforme des lois abolitives à l'égard de tous les droits seigneuriaux, les conditions de cette suppression et l'état de choses qui en était la suite logique ont dû se ressentir de la variété des conditions et de l'état précédents. Chaque droit seigneurial exige donc, en quelque sorte, un examen individuel si l'on veut apprécier exactement à son égard les effets de la destruction du régime auquel il appartenait.

Je n'entreprendrai point cette tâche qui demeurerait toujours incomplète, quelque développement que reçût son exécution; sur ce point, comme dans tout le cours de cet ouvrage, la matière des eaux courantes sera le sujet particulier de mon examen, et fournira l'exemple et l'épreuve du système légal; les jurisconsultes pourront ensuite aisément résoudre les questions que présenteront les coutumes locales et les objets divers des procès actuels.

Les droits seigneuriaux sur les cours d'eau n'ont été supprimés qu'implicitement et comme conséquence des principes établis par les lois abolitives; on ne trouve expressément mentionnés ni les banalités de rivière, ni les garennes à eau, ni les droits féodaux de moulins, d'irrigation, de servitude constatés par les coutumes, ni enfin aucun des droits de justice ou de fiefs dont nous avons reconnu l'existence à l'occasion des eaux ou de leurs profits. Ces droits n'en sont pas moins abolis par leur seule nature de droits seigneuriaux, puisqu'aucun avantage, revêtu de ce caractère, n'a pu survivre à la destruction absolue du régime féodal.

Tout ce qu'on peut conclure du silence de ces lois à l'égard des droits de rivière, c'est qu'ils n'existaient plus qu'en petit nombre et que presque partout ils avaient disparu pour tomber dans l'appropriation et la jouissance exclusive du domaine utile. Leur existence, qui pendant plusieurs siècles avait soulevé les populations, suscité des luttes sanglantes, et plus tard multiplié les lois, les arrêts et les transactions, conservait alors si peu d'importance qu'elle échappait à l'attention du législateur (1).

Aussi M. Merlin, recherchant quel avait été le sort du droit des seigneurs sur les rivières, en présence des lois révolutionnaires, fait ressortir leur suppression des principes généraux de cette législation, et non d'un texte précis (2). C'est donc à ces principes qu'il faut recourir pour reconnaître le sort légal des petites rivières.

413. Dans les droits reconnus au justicier, nous devons en distinguer de deux sortes : 1° ceux qui dérivent véritablement de la justice; 2° ceux qui tiennent au droit de fief, supposé par certaines coutumes aux mains du seigneur justicier ; j'examinerai ces derniers en même temps que ceux du seigneur féodal, puisqu'évidemment ils ont eu le même sort.

(1) Cet état de choses était d'ailleurs annoncé par les faits que j'ai constatés *suprà*, n° 393, *in fine*, et en démontre l'exactitude.

(2) Voy. la note du numéro suivant.

Quant aux premiers, ils consistaient dans le droit de pêche banale (nº 363 et suiv.), dans des droits sur la pêche (nº 360), dans certaines prérogatives à l'égard de la construction des étangs (nº 365), enfin dans des droits de police et de voirie (nº 369). Évidemment tous ces droits ont disparu ; déjà la loi du 15 mars 1790 les avait supprimés sans indemnité, puisqu'ils n'étaient et ne pouvaient être « le prix ou la condition d'une » concession primitive du fond. » Il n'en reste rien et il n'en saurait rien rester (1). »

L'effet légal de cette abolition est facile à saisir :

Relativement à la banalité de pêche, l'interdiction immémoriale, frappée par l'autorité du ban justicier, est enfin levée ; ce n'est point, comme en matière de fief, une propriété nouvelle ou un élément nouveau de propriété, que le possesseur doit à la loi abolitive ; il ne tient d'elle que la liberté dans l'exercice d'un droit qui n'a jamais cessé de lui appartenir ; l'abolition du droit de pêche banale a dû produire le même effet que celui de chasse justicière à l'égard des possessions du justiciable, la cessation d'une défense et rien de plus.

Ni la longue possession du droit exclusif de pêche, exercée par le seigneur, ni la privation du même droit subie par le vrai propriétaire de l'eau, n'ont changé l'état des choses. Le temps peut légitimer l'usurpation ; mais il n'étend pas la possession que l'usurpateur s'est attribuée. C'est la base de la règle : *Tantùm præscriptum quantùm possessum*. L'exercice exclusif de

---

(1) *Questions de droit*, vº *Cours d'eau*, § 1, et *Pêche*, § 1 : M. Merlin suppose que tous les droits seigneuriaux sur les cours d'eau dérivaient de la justice et ont été compris dans l'abolition générale de cette institution : « L'assemblée constituante, dit-il, vº *Cours d'eau*, par l'art. 1 de la loi des » 13-20 avril 1791, a déclaré que tous les droits ci-devant dépendants de la » justice seigneuriale sont abolis sans indemnité. » Ces expressions, qui sans doute se trouvaient dans une première rédaction de la loi, ne se rencontrent point dans la rédaction définitive, telle que la présente le *Bulletin des lois* (collection Desenne et collection de Villeneuve). Cependant l'objet principal de la déclaration les comporte évidemment ; voy. aussi le texte de l'article 7.

la pêche sur un domaine étranger, d'abord illégitime et violent, a pu devenir, avec le temps, légal et paisible; mais il n'a pas pour cela excédé son objet. Le fait de pêche est devenu droit de pêche, mais rien de plus; ce qui était fait ou possession de pêcher dans les eaux d'autrui est devenu droit de pêcher dans les eaux d'autrui, mais ne s'est pas converti en droit de propriété de ces eaux. L'acquisition de la propriété n'est pas ici nécessaire à l'exercice du droit prescrit, et la prescription ne consacre que les nécessités de la jouissance acquise. Ainsi en 1789 comme au huitième siècle, avant comme après la rédaction des coutumes, tout seigneur ayant droit à une garenne n'était pas plus propriétaire des eaux banales qu'il ne l'était des terres banales; son droit de pêche n'emportait pas plus la propriété des rivières, dans lesquelles nul autre ne pouvait pêcher, que son droit de chasse n'emportait celle des terres sur lesquelles seul il pouvait chasser. Loin que le droit de garenne fût un titre à la propriété, c'était un signe exclusif de ce droit dans sa personne. Comment un signe exclusif d'un droit aurait-il, avec le temps, supposé l'existence de ce droit? comment une possession exclusive de la propriété l'aurait-elle engendrée en se prolongeant?

Ainsi la suppression du droit seigneurial et la liberté du propriétaire riverain, telles sont les seules conséquences que la logique autorise à déduire des conditions historiques des garennes justicières; si l'exposé que j'ai fait de ce droit seigneurial, de son origine, de sa nature, de ses vicissitudes dans la législation et dans la pratique est vrai, la supposition d'un droit pour l'État, dérivant de la banalité des rivières, conservé dans quelques coutumes, n'est qu'une chimère qu'aucun esprit raisonnable n'osera désormais reproduire. Le domaine n'a pas plus hérité de ce droit que de tout autre profit utile des justices. Quels étranges résultats de l'abolition du régime seigneurial supposerait l'appropriation du domaine en vertu du principe des banalités de rivière! Qu'était-ce donc que ce droit, dans sa nature originaire? L'abus de la force et de la violence, n'ayant pu s'établir que dans les désordres de la barbarie; celui qui devait être et a été le plus odieux; tombé devant la révolution du 13e siècle, il aurait résisté à celle du 18e? Seul il aurait survécu dans les apanages de l'op-

pression justicière ! L'abus n'aurait fait que changer de main, et les justiciables d'oppresseur !

Mais ce ne serait rien encore que ce maintien et cette transmission d'un droit seigneurial ; les lois révolutionnaires auraient fait bien autre chose : ce qui n'était sous les coutumes qu'une banalité généralement proscrite, admise dans quelques localités comme privilége possible, dont aucun document ne constate l'existence réelle, serait devenu droit universel et absolu pour l'État ; ce qui devait être prouvé par le seigneur n'aurait plus besoin de l'être par le domaine ; ce qui n'était que local et n'existant que sur quelques parties de rivière embrasserait tous les cours d'eau du royaume ; ce qui, enfin, n'était qu'un droit de pêche, serait un droit de propriété ; toutes ces énormités résulteraient... du silence de la loi !

Il est permis de croire que l'argument des partisans du domaine, fondé sur le principe des banalités coutumières, ne sera plus reproduit.

Quant aux droits sur la pêche, ils ont péri comme redevances seigneuriales : le droit d'inonder pour construire des étangs a cessé comme privilége, et les droits de police et de voirie ont été supprimés comme éléments de la justice. Des lois expresses ont depuis attribué à l'administration la surveillance des eaux courantes, lois dont il sera parlé plus loin.

Les droits de justice sur les rivières ont donc eu le sort de tous les droits de justice en général, c'est-à-dire qu'ils se sont évanouis et que personne ne les a recueillis (n° 407).

414. Les droits seigneuriaux dérivant du fief ont également eu pour les rivières le sort qu'ils ont eu généralement pour toutes les autres parties du territoire inféodé (n° 408). Les lois abolitives ont produit les mêmes effets à l'égard des eaux courantes qu'à l'égard des fonds, c'est-à-dire, qu'elles ont consolidé la directe au domaine utile et dépouillé le seigneur de toutes ses réserves et jouissances, pour en saisir le vassal ou censitaire comme s'il les eût rachetées. Les droits de pêche (n° 359), de moulins (n° 367), d'étangs (n° 366), d'irrigation (n° 370), ont cessé d'appartenir aux seigneurs, et ont pu être exclusivement exercés

par le feudataire, dans toute l'étendue de son fief ou de sa censive.

Ainsi que dans leurs effets généraux, les lois abolitives n'ont rien changé dans tout ce qui n'était pas possession féodale ou censuelle. Dans les alleux, les droits du riverain sont restés ce qu'ils étaient, celui-ci n'a pu ni perdre ni gagner. De même dans le domaine seigneurial, les droits du seigneur n'ont pu subir aucun changement. L'un et l'autre étaient libres possesseurs de leur territoire, dans toutes ses parties ; ils n'avaient rien à acquérir en vertu des lois de 1790, ils n'ont rien acquis par celle de 1793. Par le même motif, ils n'ont rien perdu. « Si les rivières non navigables, disait M. Merlin (1), étaient réellement, avant les décrets de 1789, dans la propriété des seigneurs, n'en doutons » pas, elles y sont encore, et les droits qu'ils y ont exercés jusqu'à cette époque, notamment celui des cours d'eau, doivent encore leur appartenir. » Or, il est incontestable que le seigneur était propriétaire des eaux courantes qui traversaient son domaine ; à qui eussent-elles appartenu ?

Quant à celles qui traversaient les fiefs relevant de son domaine, il n'avait sur elles que le même droit qui lui appartenait sur le surplus du territoire, en vertu de la règle : *Habens territorium limitatum*... (n° 391). Cette règle était limitative, non moins qu'extensive, et déterminait la nature du droit dans toutes ses applications. Ainsi le droit du seigneur dominant, n'étant sur les terres inféodées qu'un droit de directe, ne pouvait consister également que dans la directe sur les eaux comprises dans l'enclave du fief. Cette considération démontre clairement, et comme une nécessité des principes de l'enclave féodale, que les réserves appartenant au seigneur dominant, dans les rivières de fief ou de censive, ne constituaient point une propriété domaniale, et n'avaient point pour lui le même caractère que les biens qu'il possédait en plein domaine et sans les avoir soumis à aucune concession empreinte de féodalité. Ces réserves ne sont donc pas restées au seigneur, comme domaine ; elles se sont consolidées au domaine utile quels que fussent leur objet et leur étendue.

---

(1) *Questions de droit*, v° *Cours d'eau*, § 1.

415. Quant à l'État, on se demanderait vainement à quel titre il aurait pu prendre une part quelconque dans les propriétés féodales ou censuelles. Par quels motifs aurait-il réclamé une portion de la directe ? A quel titre aurait-il été saisi des dépouilles des seigneurs ? Pourquoi plutôt du droit de pêche que du droit de chasse ; « Quel est, dit M. Merlin (1), l'objet des lois du 25 » août 1792 et 17 juillet 1793 ? C'est d'affranchir les possessions » de biens fonds, ou réputés tels, de toute servitude, de toute » prestation qui liait leurs propriétés au régime féodal. Ces lois » veulent qu'à l'avenir ils tiennent leurs biens fonds, ou réputés » tels, pour alleux : *elles ne veulent pas autre chose.* »

En admettant d'ailleurs pour un moment le système des légistes qui supposent l'existence d'une supériorité ou puissance féodale publique et empreinte d'un caractère politique dont aurait hérité le domaine actuel, et à laquelle on pourrait rattacher le droit des petites rivières, ce droit féodal ne pourrait s'exercer que par la loi des fiefs. L'État ne pourrait le réclamer que là où un seigneur féodal aurait pu l'exercer en sa qualité de seigneur de fief. Il aurait donc à prouver les conditions de sa prétention, c'est-à-dire la féodalité de la terre ; il devrait établir que le fonds traversé par le cours d'eau n'était ni un alleu, ni un domaine, ni une possession franche ; en un mot, il faudrait démontrer l'inféodation ou l'accensement du sol, et, à cet effet, il ne lui serait pas permis de s'étayer de la règle : Nulle terre sans seigneur, dont tous les effets sont abolis rétroactivement par la loi du 25 août 1792.

Ainsi le droit du Domaine sur un cours d'eau serait partout et dans toute hypothèse subordonné à des preuves devenues impossibles ; comme successeur du seigneur justicier, l'État devrait démontrer à l'égard de chaque riverain et dans chaque ci-devant justice l'existence d'une banalité, preuves d'ailleurs même inadmissibles hors des coutumes reconnaissant les banalités des rivières (n° 365) ; comme héritier du seigneur féodal, il devrait établir que la directe particulière du fief comprenait une

(1) *Questions de droit*, v° *Rentes foncières*, § 11, p. 378.

jouissance ou réserve relative au cours d'eau litigieux; évidemment un tel système, le seul possible en présence des nécessités de la logique, serait absurde et d'ailleurs sans fruit pour l'État.

Cependant la nature même des droits seigneuriaux conduit à reconnaître au Domaine un droit possible à certaines eaux courantes, droit dérivant immédiatement des lois abolitives.

J'ai fait connaître plus haut (nº 411) les dispositions de la loi du 30 avril 1791, relatives aux vacants ; ces dispositions, confirmées et généralisées par l'abrogation des règles de l'enclave et de la maxime : Nulle terre sans seigneur, ont dépouillé les seigneurs féodaux et justiciers de tout droit aux eaux courantes jusque-là sans maître ; ces eaux, qui n'appartenaient aux seigneurs que parce qu'elles n'appartenaient à aucun autre (nº 374), n'ont été dévolues à personne par les lois abolitives de la féodalité. Elles n'étaient point attribuées aux seigneurs par les coutumes, à titre domanial, ainsi que je l'ai fait observer (nº 206) et que d'ailleurs la loi de 1791 (art. 7) l'exprime formellement ; le droit de vacant ne consistait pour le seigneur que dans celui de *s'approprier* les choses sans maître, soit par une prise de possession immédiate, soit par disposition à titre d'inféodation ou accensement ; et ce droit de s'approprier, une fois aboli, les biens sans maître ont conservé ce caractère d'une manière absolue.

Il n'est pas douteux que, parmi les petites rivières, un assez grand nombre n'avaient jamais été l'objet d'une appropriation soit particulière, soit seigneuriale. Les lois de la révolution n'en ont manifestement saisi personne, ni le seigneur qu'elles ont au contraire dépouillé du droit de s'en emparer, ni les riverains qui ne pouvaient réclamer ce qui n'avait jamais fait partie de leur alleu, de leur fief, ou de leur censive ; ces cours d'eau, par l'effet virtuel des lois abolitives, sont donc restés ou devenus choses sans maître et régis, en cette qualité, par les lois générales de la propriété.

416. C'est en effet aux lois de la propriété que se sont rattachés tous les droits des rivières ; quels qu'ils fussent, ils se sont réunis à la jouissance de celui que les lois ont considéré comme ayant la plus grosse part du domaine : à la possession de l'alleutier

dans les alleux, du seigneur dans son domaine, du vassal dans son fief, du censitaire dans sa censive, de l'emphytéote dans son emphytéose, à celle d'aucun dans les terres vacantes. Un décret de la Convention du 6 juillet 1793 répond parfaitement à ce système : des propriétaires avaient demandé par une pétition que le silence des lois abolitives à l'égard du droit de pêche cessât et que ce qu'ils regardaient comme une lacune fût rempli ; la Convention répond qu'il n'y a point de lacune et que les principes de la propriété nouvelle ne laissent aucun doute sur le droit de

La Convention nationale, après avoir entendu son comité de législation sur la pétition du citoyen Cabaut, de la commune d'Orval, département de la Manche, tendante à faire décréter l'abolition du droit exclusif de la pêche, prétendu par des ci-devant seigneurs, et la permission à chacun de pêcher le long de ses héritages ; passe à l'ordre du jour, motivé sur les art. 2 et 5 du décret du 25 août 1792 ; le premier portant que *toute propriété foncière est réputée franche et libre* de tous droits tant féodaux que censuels, si ceux qui les réclament ne prouvent le contraire dans la forme qui sera prescrite ci-après ; l'autre que généralement tous les droits seigneuriaux, tant féodaux que censuels, conservés ou déclarés rachetables par les lois antérieures, quelles que soient leur nature et leur dénomination, même ceux qui pourraient avoir été omis dans lesdites lois ou le présent décret, sont abolis sans indemnité (1).

Tel est donc le raisonnement du législateur : la pêche exercée par les seigneurs était un droit seigneurial, or toute propriété est réputée franche et libre ; donc il n'y a pas lieu de statuer sur la pétition des riverains.

Remarquez que le décret suppose nécessairement les riverains propriétaires du cours d'eau ; car, à défaut de ce titre, que leur importe l'abolition des droits féodaux et la liberté du droit de propriété? ce qui résulte de ce que la propriété est libre ne peut être appliqué qu'à celui qui a la propriété ; si l'exercice du droit de pêche dans un cours d'eau est régi par les lois de la propriété foncière, c'est évidemment que ce cours d'eau lui-même est soumis aux lois de la propriété.

(1) *Question de droit*, v° *Pêche*, § 1.

Un autre décret du 30 du même mois porte également :

La Convention nationale, sur la proposition d'un membre, passe à l'ordre du jour, motivé sur ce que le droit exclusif de pêche et de chasse étaient des droits féodaux, abolis par les lois précédentes, comme tous les autres (1).

Ainsi l'assimilation du droit de chasse et du droit de pêche a duré depuis leur origine jusqu'à leur destruction ; banalités justicières ou directes féodales, ils vivent du même droit, reposent sur le même principe ; et sont soumis aux mêmes règles dans leur abolition : « Il est défendu, porte la loi du 30 avril 1790, » à toutes personnes, de chasser *sur le terrain d'autrui* sans son » consentement. » Les décrets de 1793 disent la même chose en d'autres termes : « Les riverains seuls ont le droit de pêche dans » les eaux qui baignent leurs héritages. » Pour tout autre ce sont les eaux d'autrui. Un avis du conseil d'État du 27 pluviôse an 13, constatant ce droit exclusif, décide : « que la pêche des rivières » non navigables ne peut dans aucun cas appartenir aux com- » munes ; *que les propriétaires riverains doivent en jouir,* » sans cependant pouvoir exercer ce droit qu'en se conformant » aux lois concernant la pêche (2). »

417. En résumé, les rivières, comme toutes les autres parties du territoire, ont subi l'application du principe révolutionnaire qui a frappé de mort tous les droits seigneuriaux : « Affranchies » désormais, comme tous les autres biens, des lois de la féodalité, » elles sont demeurées soumises à celles de la propriété foncière. » (N° 408.) Les jouissances ont changé de nature, mais elles n'ont changé ni de cause ni de titre ; c'est toujours à sa possession, à ses actes d'acquisition, d'inféodation, d'accensement que le possesseur a dû recourir ; seulement ce qui sous l'empire du régime seigneurial n'aurait établi que le domaine utile, le droit de vassal ou de censitaire, avec ses limites et ses restrictions, constate, sous les lois nouvelles, la propriété, pleine, entière,

(1) *Questions de droit*, v° *Pêche*, § 1.
(2) *Questions de droit*, v° *Pêche*, § 1.

absolue ; en un mot, et pour parler le langage du législateur, ce qui auparavant était fief, est à présent un alleu ; la rivière dont le riverain ne jouissait que limitativement, et qui pour lui n'était qu'une possession féodale ou censuelle, est à présent allodiale et ses droits de propriétaire exclusifs.

Tel est le résultat des lois abolitives de la féodalité sur le sort légal des petites rivières ; elles n'ont rien donné à celui qui n'avait rien ; elles ont laissé dans le domaine privé ce qui était du domaine privé ; elles n'ont point modifié la possession libre et la jouissance absolue ; elles n'ont touché qu'aux droits et aux sujétions seigneuriales ; tous ces titres d'appropriation, de transmission, de concession que nous avons parcourus dans un des chapitres précédents et qui, depuis les formules de Marculfe jusqu'aux actes notariés de 1788, nous ont montré les eaux courantes dans le commerce, achetées, vendues, données, inféodées, accensées, affermées, transmises héréditairement et judiciairement disputées, loin d'être atténués par les lois de la révolution, ont été sanctionnés par elles, et se sont revêtus du caractère libre et sacré qui appartient à la propriété sous le régime nouveau.

Il me reste à examiner si cette appropriation virtuelle et générale des riverains, par les lois abolitives de la féodalité, a été modifiée par les lois qui nous régissent aujourd'hui.

TROISIÈME PARTIE.

DES LOIS ACTUELLES.

SOMMAIRE.

418. La tâche que je me suis imposée dans cet ouvrage est terminée : j'ai suivi les institutions seigneuriales depuis leur

origine jusqu'aux derniers effets de leur destruction. Le rôle appartenant à la question des eaux courantes, dans cette laborieuse exploration du régime féodal, est manifeste; ainsi que je l'ai dit en commençant, ce n'est point pour la résoudre, ni pour démontrer le droit des riverains, que j'ai parcouru tous les éléments de sa solution. Le droit de l'État, s'il eût été la conséquence logique des règles coutumières et des lois abolitives de la féodalité, m'eût également conduit à mon but, savoir, l'explication des droits seigneuriaux, de leur source, de leur nature, de leur objet et de leurs vicissitudes. Quel que soit, en effet, aujourd'hui le propriétaire légitime des eaux courantes, l'histoire des banalités de rivière n'en jette pas moins une immense lumière sur les conditions du pouvoir seigneurial; l'impossibilité d'expliquer ce droit oppressif, incompatible avec toute idée de contrat entre le seigneur qui l'exerce et le propriétaire qui le subit, par la règle de la convention féodale ou censuelle, rend nécessaire la reconnaissance d'un autre titre et d'une autre cause que le fief, dans les droits mal à propos qualifiés de féodaux; cette nécessité de deux principes dans les possessions seigneuriales, l'un comprenant la propriété, l'autre y demeurant étranger, démontrée par le droit des rivières, manifeste la vérité, le caractère radical et le sens de la maxime : « Fief et justice n'ont rien de commun. » Dans cette maxime sainement comprise gît tout le système des institutions seigneuriales.

C'est également aux vicissitudes du droit de garennes et aux actes qui les concernent qu'on doit l'intelligence de la règle Nulle terre sans seigneur, et de la profonde révolution que sa dernière portée a produite dans la propriété territoriale; rien ne peut éclairer davantage l'histoire de cette règle que la considération d'une garenne dans son établissement, son exercice, l'acte qui l'anéantit, les conditions de renonciation et les effets de ces conditions sous l'empire de la règle nouvelle : « Toute redevance suppose la directe. »

En un mot, il n'est pas une circonstance du droit des rivières, attestée par les lois romaines, les lois barbares, les textes coutumiers, les ordonnances, les arrêts, les actes privés de tous les temps et les possessions de toutes les époques, qui n'apporte

son trait de lumière dans le droit seigneurial et ne dissipe quelque élément de l'obscurité qui le couvrait aux yeux des publicistes, en révélant quelque erreur des théories systématiques qu'imposaient à leur croyance les nécessités du despotisme et l'imagination fiscale. Quelle preuve plus concluante d'ailleurs de l'ignorance des feudistes du XVIII° siècle, relativement aux conditions historiques de la propriété territoriale, que leur étrange interprétation des ordonnances et des coutumes à l'égard des garennes, et les commentaires de Lapoix-Fréminville sur l'origine des moulins !

Si donc j'arrive à ce résultat que sous l'ancien régime la propriété des petites rivières n'a jamais cessé de faire partie du domaine privé et que les lois abolitives de la féodalité, loin de l'en faire sortir, l'y ont consolidée, c'est que l'étude sincère et sérieuse des éléments du droit coutumier devait y conduire. J'ose croire que ma conviction sur ce point est partagée par le lecteur; cependant, si le législateur, en organisant le régime nouveau, avait adopté d'autres bases et placé la propriété des petites rivières hors du droit privé, quelques doutes pourraient s'élever sur l'exactitude des conséquences que j'ai tirées des principes du système seigneurial et de celui des lois abolitives. Je ne ferai donc que compléter ma tâche en montrant que, parmi les lois postérieures aux célèbres décrets du 4 août 1789, il n'en est pas une qui ait enlevé, soit expressément, soit implicitement, la propriété des cours d'eau non navigables au domaine des particuliers.

419. Je dis qu'il n'existe aucune loi nouvelle qui ait *enlevé* aux riverains la propriété des cours d'eau, parce que je tiens leur possession antérieure et légitime comme un fait suffisamment démontré.

Qui donc aujourd'hui jouit des petites rivières et en dispose? qui possède les usines que les eaux font mouvoir, et les champs qu'elles arrosent? Assurément c'est le domaine privé. Oserait-on prétendre que toutes ces possessions n'ont commencé qu'avec le Code civil; qu'avant cette loi, elles n'existaient point; que les riverains n'arrosaient pas leurs prés, que les moulins n'étaient pas des propriétés particulières, que les eaux courantes n'étaient

pas dans le commerce, qu'on ne les vendait pas, qu'on ne les affermait pas, qu'on ne les comprenait pas dans les fonds baignés ou traversés ?

Dira-t-on que ces jouissances sont des abus introduits pendant les désordres de la révolution, mais qu'elles n'existaient point sous le régime seigneurial ?

De pareilles assertions sont trop hautement démenties par les preuves de possessions privées que j'ai réunies et par la déclaration d'Henrion de Pansey : « Les petites rivières sont dans le » commerce...... » Les jouissances actuelles reposent sur des intersignes qui proclament leur antiquité ; il est assurément en France plus d'un moulin dont l'établissement remonte au delà du texte de la loi salique ; il est plus d'une terre que le ruisseau qui la baigne aujourd'hui arrosait sous l'empire de la loi des Visigoths ; les usines et les pêcheries mentionnées *suprà*, n° 388, et données par des particuliers à l'évêché de Nantes, lui appartenaient encore au siècle dernier ; elles sont encore une possession privée ; et en 1842, pour la première fois, la propriété de l'eau dont elles sont une jouissance a été disputée par l'État ; il est peu d'eaux courantes dans le territoire du royaume qui n'aient été comprises dans l'*aquarum decursus* d'un acte translatif du moyen âge ; en un mot, la possession des ruisseaux n'est ni moins ancienne, ni moins constante, ni moins particulière, ni moins universelle, que celle des terres labourables, des prés, des bois, ou de tout autre élément du sol foncier.

Les rivières sont rares et leurs conditions exceptionnelles, qui n'ont été sous l'ancien régime l'objet d'une appropriation, d'un accensement, d'un bénévis, d'une inféodation, d'une vente ou d'un partage ; il en est peu qui n'aient coulé dans un alleu, dans un fief, dans une censive, et qui en conséquence n'aient subi le droit de la possession allodiale, ou la division du domaine utile et de la directe. J'ai fait observer (n° 393) que toute les petites rivières de la couronne étaient accensées en vertu d'une mesure générale, et qu'il en était ainsi de la presque totalité de celles des seigneurs ; or, les accensements, les inféodations, étaient des actes d'appropriation du seigneur, constituant pour lui la di-

recte, et, pour le vassal ou le censitaire, le domaine utile devenu propriété libre, par l'effet des lois abolitives. On accorderait donc qu'à une époque indéterminée, toutes les eaux courantes ont été la propriété des seigneurs, qu'il n'en resterait pas moins vrai qu'au 4 août 1789, toutes ces eaux étaient frappées de la possession censuelle ou féodale, laquelle est devenue propriété absolue, et qu'elles avaient un possesseur utile qui est devenu propriétaire unique et libre. Pour écarter cette conséquence, il faudrait pouvoir écarter les jouissances antérieures à 1789, et démentir les témoignages qui les attestent; il faudrait démentir l'inexécution de l'ordonnance de 1669, et l'état d'encombrement des rivières navigables elles-mêmes, que la puissance impériale a seule pu détruire en supprimant les possessions respectées par Louis XIV (1).

Ainsi, en fait, presque partout, au 4 août 1789, les riverains jouissaient des cours d'eau. En droit, ces possessions, quelles qu'elles fussent, n'ont reçu de la législation révolutionnaire aucune atteinte; cette législation, comme le proclamait hautement M. Merlin, n'ayant pas eu pour effet de dépouiller de leurs possessions les possesseurs légitimes. Or, c'étaient assurément des possesseurs légitimes que ceux qui, sous la coutume du Berry, avaient fait étang ou moulin sur « rivière non navigable » passant dans leur héritage (n° 363); » sous la coutume de Normandie, avaient fait pêcherie ou travaux d'irrigation, ou même avaient détourné les cours d'eau traversant leurs terres (n° 367); sous la coutume de Maizières, avaient disposé d'une manière quelconque du ruisseau enclavé dans leurs domaines (n° 375); sous une multitude d'autres, avaient établi des jouissances, soit avec la permission du seigneur, là où elle était nécessaire (n° 366), soit sans cette permission, là où le texte municipal ne l'exigeait point. Dans toutes ces localités, les riverains pouvaient exciper non-seulement du fait de possession, mais encore du titre le plus légitime et le plus puissant, la loi qui autorisait même un éta-

(1) Voy. l'arrêté du 19 ventôse an 6.

blissement nouveau, loi étrangère au régime féodal et que la législation révolutionnaire n'a point abrogée.

Ce que les textes coutumiers consacraient dans les lieux précités, le principe commun de la possession le confirmait partout où les coutumes avaient gardé le silence, et là même où l'on pouvait induire de leur texte un droit privatif aux seigneurs sur les rivières; partout, en effet, le droit des seigneurs cédait au titre ou à la possession (n° 393); partout en conséquence le porteur d'un titre ou d'une possession contraire au droit du seigneur était un propriétaire légitime que les lois de la révolution n'ont point dépouillé.

En supposant le domaine saisi du droit du seigneur, on ne peut pas le supposer plus puissant que lui, ni admettre qu'un titre opposable au seigneur ne le fût pas à l'État excipant des lois abolitives de la féodalité. Or, le droit du seigneur cédait devant toutes les attributions coutumières, devant tous les titres légitimes, devant toutes les concessions, toutes les autorisations émanées de lui, enfin devant toutes les possessions régulières : et, au 4 août 1789, ces possessions couvraient en France la presque totalité des cours d'eau.

Quelle que soit donc l'hypothèse où l'on se place, la possession du riverain demeure un fait général et constant, contre lequel la prétention de l'État doit échouer et qui met à sa charge l'obligation de montrer au Bulletin des lois un texte autre que celui des lois abolitives de la féodalité, qui abroge l'effet naturel de ces lois.

420. Les lois relatives à la propriété des eaux courantes sont peu nombreuses : l'art. 2 de la loi du 25 novembre 1790, l'art. 4 de celle du 6 octobre 1791, le Code civil, sont les seules dispositions où les rivières soient considérées dans le rapport de ceux qui les possèdent. Les autres ne consistent que dans des règlements de police ou du mode de jouissance, desquels on ne peut tirer que des inductions plus ou moins contestables. Pour la plupart, le législateur a déclaré qu'il n'entendait pas préjuger la question de propriété, et cette déclaration ne peut être démentie par le commentaire.

La loi du 24 novembre 1790, constitutive des principes sur lesquels repose le domaine de l'État, porte ce qui suit :

Art. 2. « Les chemins publics, les rues et places des villes, *les fleuves et rivières navigables*, les rivages, lais et relais de la mer, les ponts, les havres, les rades, etc., et en général toutes les propriétés du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public. »

Le décret du 6 octobre 1791 portait :

Art. 4. « *Nul ne peut se prétendre propriétaire exclusif des eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable;* en conséquence, tout propriétaire riverain peut, en vertu du droit commun, y faire des prises d'eau, sans néanmoins en détourner ni embarrasser les cours d'eau d'une manière nuisible au bien général et à la navigation établie. »

La première disposition a été reproduite par l'art. 538 C. civ., et la seconde abrogée par l'art. 644. Leur examen doit donc se confondre avec celui du Code.

421. Je ne parlerai point des règlements administratifs intermédiaires; il est constant qu'il n'ont point modifié les principes de la propriété relativement aux cours d'eau. Je ne m'occuperai pas davantage des travaux législatifs ou projets qui n'ont point pris place au Bulletin des lois. Je prie de voir, dans la discussion de M. Rives, la déduction que ce magistrat tire de travaux préparatoires qu'il fait connaître. J'ai vainement cherché à comprendre par quelle combinaison d'idées la propriété de l'État à l'égard des petites rivières peut résulter, à ses yeux, des considérations suivantes :

1° De la loi du 22 décembre 1789, sect. 3, art. 2, qui charge les administrations de département de veiller « à la conservation » des propriétés publiques, à celle des *rivières*, *forêts*, *chemins* » et *autres choses communes* (1). » Selon M. Rives, les rivières sont assimilées aux chemins par cette loi, et dès lors considérées comme choses communes. Admet-il donc les mêmes conséquences à l'égard des forêts? pourquoi non?

(1) Pag. 51.

2° De la loi du 4 mars 1790, tit. 1, art. 3, relative à la division de la France, qui porte que, lorsqu'une rivière sert de limite à deux départements, les deux administrations « concourent à » *l'administration de la rivière* (1). »

3° D'un projet de loi présenté à l'Assemblée constituante, dans lequel les eaux courantes étaient divisées en *fleuves*, *rivières* et *ruisseaux*; le *cours* des rivières, et celui des fleuves, le lit des fleuves et la *pêche* des fleuves et rivières déclarés propriétés nationales (2). Un membre de l'Assemblée fit observer que le projet, entraînant avec lui la destruction du droit d'arrosement, porterait la désolation dans les départements méridionaux. « Je » demande donc, ajoutait-il, qu'on se borne à décréter le prin- » cipe que *les fleuves et les rivières navigables* sont une pro- » priété nationale. » En effet, il n'est pas donné suite au projet dont aucune loi postérieure n'a reproduit la disposition (3).

4° De divers décrets autorisant la canalisation de plusieurs rivières non navigables, dans lesquels il *n'apparaît pas* de réclamation des riverains (4); à l'égard de quelques-uns il était constant que la navigation avait existé pendant un siècle.

5° Enfin des projets du Code civil dans lesquels on avait compris au nombre des domaines nationaux « les fleuves et rivières » tant navigables que non navigables et leurs lits (5). » M. Rives en conclut ce qui suit : « On a donc avancé sans fondement » que les riverains, par le seul fait de l'abolition de la féodalité, » redevinrent propriétaires du lit des cours d'eau *non naviga-* » *bles*, et que *l'État ne se substitua point* aux droits des seigneurs

(1) Pag. 52.

(2) Entre autres motifs indiqués par le rapporteur, je trouve le suivant, qui me paraît le véritable : « Considérez que le produit de toutes les rivières » du royaume *formera dès à présent un revenu considérable* qu'une police » sévère et de bonnes lois ne peuvent manquer d'améliorer; *consultez l'état* » *de nos finances; consultez la masse effrayante de nos impositions*, peut-être » alors le plan que vos comités nous proposent méritera votre approbation. » C'était tout simplement une immense confiscation que proposaient les comités.

(3) Pag. 53.

(4) Pag. 61 et suivantes.

(5) Pag. 65.

» en ce qui concerne *la propriété du lit de ces cours d'eau* (1). »
La logique de ce savant magistrat est conséquente : déduisant le droit de l'État aux petits rivières d'un projet rejeté par l'Assemblée constituante, elle devait tirer la même conclusion du projet du Code civil, l'argument se formulant ainsi : «Le projet du Code » civ. attribuait au domaine public les rivières *tant navigables que* » *non navigables* ; or le législateur, dans la rédaction définitive, » a retranché de cette attribution les rivières *non navigables* ; » donc ces rivières appartiennent au domaine public. »

J'ai hâte d'arriver au véritable objet de la discussion ; abordons le Code civil.

122. Les textes auxquels on doit naturellement demander la solution d'une question qui consiste à déterminer quel est le véritable propriétaire d'une certaine classe de biens se trouvent dans le chap. 3 du tit. 2, liv. 2, où le législateur s'est occupé des choses sous le rapport de ceux qui les possèdent, c'est-à-dire de ceux qui en sont propriétaires. C'est là qu'il faut rechercher tout d'abord à qui le législateur a dévolu, soit expressément, soit implicitement, la propriété des rivières non navigables ni flottables.

Considérés sous le rapport de ceux qui les possèdent, les biens sont susceptibles d'une double division : 1° suivant qu'ils appartiennent ou non à des particuliers ; 2° selon qu'ils sont ou ne sont pas susceptibles de propriété privée. Car, parmi les choses qui n'appartiennent pas aux particuliers, les unes échappent à toute espèce d'appropriation, les autres appartiennent à l'État, soit à titre de propriété privée, c'est-à-dire comme biens susceptibles de transmission, soit à titre de propriété publique dont on peut donner pour caractère l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Par ces différentes distinctions, qui ressortent des art. 537 à 541, plutôt encore de leur saine interprétation que de leur lettre où le domaine public paraît avoir été souvent confondu avec le domaine de l'État, je suis amené à me demander

(1) Pag. 66.

à quel titre la propriété des rivières non navigables ni flottables n'appartiendrait pas aux riverains; si c'est comme n'étant pas susceptible d'appropriation privée, ou comme ayant été dévolue à l'État par le législateur lui-même.

On lit dans l'art. 538 Code civil :

« Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les *fleuves et rivières* » *navigables ou flottables*, les rivages, les lais ou relais de la mer, les ports, » les rades, les havres, généralement toutes les portions du territoire fran- » çais qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées » comme des dépendances du domaine public. »

On voit, d'après ce texte, que le législateur, pour déterminer la propriété du domaine public, par opposition à celle des particuliers, a été guidé par la destination de la chose. Est-elle destinée à l'usage, à la commodité de tous? elle échappera à l'appropriation privative et appartiendra au domaine public. Tel est le sens de ces mots : « et généralement toutes les portions » du territoire qui ne sont pas susceptibles de propriété privée. » Ce n'est qu'entendus ainsi qu'ils peuvent s'appliquer aux routes, aux rivières navigables ou flottables, aux ports, aux havres, etc. Car les portions du territoire français fixées pour le passage d'une route, envahies par le cours des eaux, destinées à l'établissement d'un port, n'ont rien par leur nature qui résiste à la propriété privée; ce n'est que par leur destination à l'usage de tous, dans un intérêt d'ordre public, qu'elles n'appartiennent pas aux particuliers, quelles sont considérées comme dépendance du domaine public.

Or, une pareille destination se rencontre-t-elle dans les rivières non navigables ni flottables? Serait-ce dans un intérêt général d'ordre public qu'on voudrait les enlever à l'appropriation privée pour en faire une dépendance du domaine public?

M. Merlin (1), tout en convenant que les petites rivières n'appartiennent pas foncièrement à l'État, prétend néanmoins qu'elles

(1) *Rép.*, v° *Rivière.*

ne laissent pas de former, comme les chemins vicinaux, une propriété publique que nul individu ne peut s'arroger, et sur laquelle le gouvernement exerce des droits d'inspection et de haute police. MM. Proudhon (1) et Foucart (2) reproduisent la même idée, en alléguant la destination des petits cours d'eau à fertiliser la terre, multiplier les forces de l'industrie, etc., etc.

J'ai déjà répondu, sous le rapport du droit naturel (n° 5 et suiv.), à ces objections. En examinant de près ces usages nécessaires à tous, mis en avant par ces auteurs, et le droit de navigation excepté, il m'a été facile de prouver que tous les autres, tels que droits de pêche, de prise d'eau, de prendre les herbes, les pierres ou le sable que ces rivières contiennent, et d'y établir des usines, sont des droits parfaitement susceptibles d'appropriation privée, et que ce n'est même qu'à ce titre qu'ils appartiennent, sur les rivières navigables et flottables, à l'administration qui les vend comme toute autre chose du domaine de l'État.

Sans doute, comme le dit M. Merlin, le gouvernement doit avoir sur les petits cours d'eau un droit d'inspection et de haute police; mais il n'y a rien là qui soit incompatible avec la propriété des riverains. Toute espèce de propriété est soumise à un droit de haute police de la part de l'État, puisque le droit de propriété ne paraît légitime qu'à la charge de la part du propriétaire de se conformer aux lois et règlements. Or, que ce droit de haute police de la part de l'État soit plus intense sur les cours d'eau que sur toute autre propriété; que, par exemple, le propriétaire d'une petite rivière ne puisse pas faire regonfler les eaux sans l'autorisation du gouvernement, cela se conçoit parfaitement par la nature de ces biens sur lesquels l'exercice immodéré du droit de propriété pourrait avoir des conséquences beaucoup plus graves que sur tous autres biens. Mais conclure de là qu'ils sont publics, vouloir en faire une espèce de petite voirie, c'est se méprendre gravement sur le carac-

(1) *Dom. pub.*, n°s 931, 933 et 974.
(2) *Rev. de lég. et de jurisp.*, t. 4, p. 194.

tère des choses publiques et sur les causes de leur publicité.

423. Quant au droit de flottage à bûches perdues, auquel M. Proudhon paraît s'attacher pour déterminer le caractère de publicité des petites rivières, je ferai observer que le droit de flottage a de tout temps été exercé à titre de servitude sur les cours d'eau, de quelque nature qu'ils soient; que sous l'empire de la féodalité elle-même les seigneurs, propriétaires de petites rivières, étaient obligés de le supporter. Ceci résulte positivement de l'art. 52 du tit. 15 de l'ord. de 1669, dans lequel on lit :

« Le transport, passage, voiture ou *flottage des bois*, tant par terre que » par eau, ne pourra être empêché ou arrêté sous prétexte de droits de tra- » vers, péages, patronages ou autres, par quelque *particulier* que ce soit, à » peine de répondre de tous les dépens, dommages et intérêts des marchan- » dises; sauf à ceux qui prétendent avoir titre pour lever aucuns droits à se » pourvoir par devant le grand-maître, qui y pourvoira ainsi qu'il appar- » tiendra ; »

et plus formellement encore de l'ordonnance de décembre 1672, rendue pour l'approvisionnement de la ville de Paris, dont l'art. 8 autorise les marchands à faire passer leurs bois même par les fossés et étangs appartenant aux particuliers qui sont tenus de faire l'ouverture de leurs parcs et basses-cours aux ouvriers, en les dédommageant s'il y échoit. Or, ce droit de flottage ne saurait être plus incompatible avec la propriété des riverains qu'il ne l'était avec la propriété des seigneurs. D'ailleurs, l'objection de M. Proudhon pourrait se retourner même contre son propre système. Ce jurisconsulte, en effet, au lieu d'un droit de propriété, accorde aux riverains des petites rivières un droit d'usufruit ou de superficie perpétuel. Or, je ne vois pas que le flottage, tel qu'il existe pour tout le monde, soit plus conciliable avec le droit d'usufruit qu'avec un droit de propriété.

De cette discussion on doit donc conclure que les cours d'eau non navigables ne peuvent pas être considérés comme choses du domaine public; que ce n'est pas ce caractère qui les empêchera d'être la propriété privée des riverains. Au commencement de ce livre, par réponse aux arguments de M. Proudhon tirés de la nature indomptable des cours d'eau, j'ai suffisamment dé-

montré que rien n'était plus facile à concevoir que leur appropriation, et que même les deux qualités pour lesquelles on voulait les déclarer non susceptibles d'appropriation, la force motrice et la mobilité, sont précisément celles pour lesquelles la propriété en est si utile et si recherchée. Je ne reviendrai pas sur ces idées que je crois avoir suffisamment développées dans les nos 7, 8 et 11 de ce volume, auxquels je renvoie.

424. Demandons-nous actuellement si l'État ne pourrait pas revendiquer la propriété des cours d'eau à un autre titre, non plus comme dépendance du domaine public, mais comme dépendance du domaine de l'État. Ce sera encore sous les art. 539-541 C. civ., et sous les art. 1, 2, 3 et 5 de la loi du 22 novembre-1er décembre 1790, qu'il faudra aller chercher les éléments de solution.

Le principe du domaine national ou de la propriété de l'État envisagé comme personne privée se trouve posé dans l'art. 1 de la loi précitée, dans lequel on lit :

« Le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés » foncières et de tous les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation, » soit qu'elle en ait la possession ou la jouissance actuelle, soit qu'elle ait seu- » lement droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de réversion ou autre- » ment. »

Par application de ce principe, on voit dans les art. 539 et 541 du C. civ., qui ne sont que la reproduction des art. 3 et 5 de la loi de 1790, comme appartenant au domaine de l'État, tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les possessions sont abandonnées. Il en est de même des portes, murs, fossés, remparts des places qui ne sont plus places de guerre, et, en général, de tous ces biens qui auraient cessé de faire partie du domaine public par suite d'un déclassement ou de tout autre évènement qui aurait prouvé qu'ils ne sont plus à l'usage de tous.

Le droit de l'état sur ces biens, tout-à-fait différent de celui qu'il exerce sur les biens proprement dits du domaine public, se confond avec celui de tout propriétaire sur sa chose ; et, comparativement aux biens du domaine public que l'usage de tous

frappe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, on peut caractériser les biens du domaine de l'État en les déclarant susceptibles d'aliénation et de prescription, et en général de toutes les conventions dont est susceptible la propriété privée. Or, peut-on faire rentrer dans cette classe de biens les cours d'eau non navigables ni flottables ?

Remarquons d'abord que rien en faveur de cette solution ne pourrait s'induire soit des textes du C. civ., soit de ceux de la loi de 1790. Au contraire, l'art. 538 C. civ., qui n'est que la reproduction de l'art. 2 de la loi précitée, et sur lequel nous aurons à revenir, ne parle que des rivières navigables et flottables comme devant faire partie du domaine public. Mais, acceptant les art. 539 et 541 comme simplement énonciatifs, essayons de faire application aux petites rivières des principes que nous en avons dégagés ; examinons les divers droits qui résultent de la propriété des cours d'eau et qui sont dans le commerce, et voyons si ces droits sont ou doivent être exercés par l'État ou aliénés à son profit.

Ces différents droits sont : le droit de pêche, le droit de prise d'eau, le droit de prendre les vases, les herbes, les pierres que contiennent les rivières, le droit d'établir sur leur cours des usines moulins ou usines quelconques, et enfin le droit de disposer du sol tréfoncier sur lequel ces cours d'eau existent. Comme je l'ai démontré relativement aux cours d'eau navigables et flottables, tous ces droits sont susceptibles de propriété privée, et même ce n'est qu'à ce titre qu'ils sont exercés par l'État sur les cours d'eau navigables et flottables. Or, si l'État était propriétaire des petites rivières, pourquoi ne serait-il pas propriétaire de tous ces droits qui viennent d'être énumérés ? Peut-on supposer qu'il ait bénévolement renoncé aux émoluments qu'il retirerait de leurs concessions et qu'il exploite d'une manière si lucrative relativement aux cours d'eau navigables ?

Pourquoi les riverains de petites rivières jouiraient-ils du droit incontestable et incontesté de prendre les vases, les herbes, le sable, les pierres que contiennent ces rivières, tandis que nous voyons ce droit, dans les grandes rivières, appartenir exclusivement à l'État, qui en dispose comme un particulier,

Pourquoi, relativement au droit de prise d'eau, l'art. 644 C. civ., qui l'accorde aux riverains, mettrait-il tant de soin à distinguer entre le cours d'eau qui est déclaré dépendant du domaine public par l'art. 538, et celui que le silence de cet article a laissé dans le domaine privé? Quel sens pourrait avoir cette distinction, si l'un comme l'autre appartenait à l'État? Ce même argument se continue dans toute sa force à l'égard du droit à la force motrice fournie par les cours d'eau. S'agit-il de la faculté d'établir des usines sur une rivière publique, l'administration seule peut autoriser de pareils établissements, et nul n'a droit à la force motrice des rivières publiques. S'il s'agit au contraire d'une érection d'usine sur un cours d'eau non navigable, on doit reconnaître, comme M. Troplong l'a démontré (1), qu'aucune loi ne donne au gouvernement le droit d'autoriser la création d'une usine sur les cours d'eau non navigables ni flottables, et l'usage contraire qui s'est établi (2) n'est qu'un abus, qu'un débris de l'esprit envahisseur de l'administration impériale. Le droit de l'État ne doit être ici qu'un droit de surveillance et de haute police, consistant à empêcher l'abus que le propriétaire pourrait faire de son droit de propriété sur un cours d'eau en élevant les eaux de manière à inonder les fonds voisins; et même, comme le remarque très bien le savant magistrat auquel j'emprunte ces observations, celui qui aurait des eaux et les exhausserait sans avoir demandé à l'autorité un niveau règlementaire ne commettrait un délit qu'autant qu'il causerait un dommage aux propriétés riveraines. Le droit de l'État se borne donc à fixer la hauteur des eaux, et sur ce point les textes sont on ne peut plus explicites. C'est d'abord la loi du 6 octobre 1791, qui porte, tit. 2, art. 15:

« Personne ne pourra inonder l'héritage de son voisin ni lui transmettre » les eaux d'une manière nuisible, sous peine de payer le dommage et une » amende qui ne pourra excéder la somme du dédommagement; » puis l'article 16, qui ajoute que « les propriétaires ou fermiers des moulins ou usines

---

(1) Prescript., I[er] vol., n° 146.

(2) Merlin, t. 19, v° *Moulin*. — Consult. de M. Sirey, t. 22, 2-292.

» construits ou à construire seront garants de tous dommages que les eaux
» pourraient occasionner par la trop grande élévation du déversoir ou au-
» trement. Ils seront forcés de tenir les eaux à une hauteur qui ne puisse
» nuire à personne et qui sera fixée par le directoire du département (au-
» jourd'hui par le préfet); en cas de contravention, la peine sera une
» amende qui ne pourra pas excéder la somme du dédommagement. »

Enfin, en troisième lieu, l'art. 357 C. pén., qui étend ces dispositions et conserve au fait d'inondation le caractère d'un délit correctionnel. Tels sont les textes qui règlent le droit de surveillance de l'État relativement aux constructions d'usines que les riverains peuvent faire sur les petites rivières.

Ils sont d'autant plus probants que l'arrêté du 19 ventôse an IV, art. 9, qui défend aux administrations d'autoriser aucune construction sur les cours d'eau sans l'approbation expresse du gouvernement, ne parle que des rivières navigables et flottables et des canaux d'irrigation et de dessèchements généraux, c'est-à-dire des cours d'eau du domaine public. Cet arrêté déclare, même implicitement, que pour les autres cours d'eau une simple autorisation administrative suffit, puisque l'art. 12 défend aux maires de permettre aucune construction semblable sur les cours d'eau qui sont la propriété particulière des communes sans la permission des administrations centrales, et qu'il n'ajoute pas que cette permission ne pourra être accordée que de l'autorisation du gouvernement. Néanmoins l'usage contraire s'est accrédité sous l'Empire. Un grand nombre de décisions administratives l'ont consacré ; mais on chercherait en vain le texte de loi sur lequel elles se fondent. Toutes posent, sans le justifier autrement, le principe que l'établissement des moulins et usines, même sur les cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, ne peut être autorisé que par le roi, sur le rapport du ministre de l'intérieur et d'après l'arrêté du préfet. Cet état de choses fut attaqué sous la Restauration comme un abus qui n'aurait pas dû survivre à la centralisation impériale; et en 1817 le ministre de l'intérieur sembla reconnaître ce qu'il y avait de fondé dans ces réclamations, puisqu'il consulta à cet égard le comité du conseil d'État, qui déclara que l'autorisation royale était nécessaire pour la construction d'une usine sur les petits cours d'eau. Cet avis du

conseil d'État, dont les motifs ne sont rien moins que concluants, et dont aucun ne tend à faire considérer les cours d'eau non navigables ni flottables comme du domaine public ou du domaine de l'État, fixa la jurisprudence administrative, et aujourd'hui tous les arrêtés des préfets relatifs à l'établissement des usines sont rédigés sous forme de proposition. L'ordonnance royale d'autorisation est le seul titre en règle. Mais la proposition sur les cours d'eau navigables que la Chambre des députés a prise en considération en 1835 revient au système de la loi de 1791, et la commission de la Chambre a protesté, dans son rapport, contre la jurisprudence actuelle de l'administration, comme « résultant » d'une interprétation abusive des lois. » Ce n'est donc pas de ce droit d'autorisation usurpé par l'administration, ce que du reste elle a pu faire sans grande opposition de la part des riverains qui ne l'envisageaient probablement que comme l'exercice du droit de haute police reconnu à l'État, qu'on peut tirer argument en faveur de la propriété de l'État sur les petits cours d'eau, et de tout ce qui a été dit sur ce point, comme de tout ce que j'ai exposé précédemment sur les droits de pêche, prise d'eau, etc., il paraît résulter clairement que : 1° les petites rivières sont dans le domaine de la propriété privée; 2° que cette propriété n'appartient pas à l'État.

425. Le silence de l'article 538, qui m'a suffi pour établir qu'il n'entendait pas ranger les cours d'eau non navigables ni flottables dans le domaine public, ne me paraît pas moins significatif pour prouver l'intention du législateur de laisser les petites rivières à leurs propriétaires naturels, c'est-à-dire aux riverains; en exigeant un texte positif pour constater le droit de propriété de l'État sur les petites rivières, j'ai fait plus que démontrer le peu de fondement de ses prétentions, j'ai encore assis sur de meilleures bases le droit des riverains, parce que si le lit des rivières non navigables n'appartient pas à l'Etat, il ne peut appartenir à d'autres qu'à ceux au milieu des propriétés desquels il se trouve enclavé. Toutes ces inductions sont conformes à cette règle d'interprétation, que les exceptions ne peuvent s'induire du silence de la loi, et qu'elles n'existent

pas dès lors qu'elles ne sont pas consacrées par un texte positif ; car, comme le dit fort bien M. Daviel, pour que les petits cours d'eau fussent du domaine public, il faudrait que quelque disposition formelle l'eût édicté, comme en Sardaigne, où l'ancienne législation du pays les rangeait expressément *inter regalia*, et où le Code civil promulgué en 1837 porte expressément (art. 420) que les cours d'eau non navigables font partie du domaine royal. Mais en France rien de semblable, ni dans les anciens édits, ni dans les lois nouvelles ; il n'y a pas un texte qui place les petits cours d'eau dans le domaine public ; la liberté et l'appropriation sont le droit commun, et le Code civil suppose invinciblement que les petites rivières sont l'apanage des riverains ; car ce n'est que par voie d'exception, parce que leur nature y résiste ou qu'un texte positif l'ordonne, que certaines choses restent en dehors de la propriété privée ; et ici il n'y a d'exception ni dans la nature des choses, ni dans aucun texte du Code.

Avoir déclaré publics, dans l'art. 538 seulement, les cours d'eau navigables et flottables, c'est avoir qualifié de privés tous les autres. Cette proposition acquiert encore une évidence plus grande si nous remontons à l'origine de l'art. 538. Cet article n'est lui-même qu'une modification et qu'une extension de la disposition de l'ordonnance 1669 qui ne déclarait du domaine public que les rivières portant bateaux, ce qui semblait en exclure les rivières flottables. Or, si le législateur a jugé nécessaire de consacrer par un texte formel cette extension à l'article, pourquoi ne l'aurait-il pas fait de même s'il avait entendu lui donner une extension beaucoup plus considérable relativement aux cours d'eau ni navigables ni flottables ?

Enfin la considération du projet du Code, lequel comprenait expressément les fleuves et rivières tant navigables que non navigables, et le retranchement de ces dernières, me paraissent décisifs ; si le législateur a retranché des attributions faites au domaine, par le projet, les rivières non navigables, c'est qu'il n'a pas voulu qu'elles lui appartinssent ; c'est la seule conséquence qui me paraisse conforme aux règles de la logique (n° 421).

426. Je passe à l'examen des différents textes du Code qui ré-

glent les droits des riverains sur les cours d'eau non navigables ni flottables, et je vois qu'ils supposent tous la propriété acquise aux riverains, et qu'ils ne sont tous qu'une conséquence de ce principe. C'est d'abord l'art. 561 du Code civil, qui porte :

« Les îles et accroissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée : si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne tracée au milieu du lit de la rivière. »

De quel droit les riverains peuvent-ils prétendre aux attérissements, îles, etc., qui se forment dans les rivières non navigables ni flottables? La position de l'article 561 au milieu d'un chapitre où il est question d'accession relativement aux choses immobilières le dit suffisamment. Il est évident que c'est en vertu du droit d'accession. Or, quelle est la cause du droit d'accession? l'art. 546 nous l'apprend :

« La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement ; ce droit s'appelle droit d'accession. »

Donc, le droit d'accession n'est qu'une conséquence du droit de propriété, et là où on rencontre le droit d'accession, on doit supposer le droit de propriété; c'est un principe général auquel le législateur s'est toujours montré fidèle. Si on jette en effet les yeux sur l'article qui précède celui qui nous occupe en ce moment, sur l'art. 560, on y voit que s'il attribue à l'État les attérissements, îles ou îlots dans les rivières navigables et flottables, c'est parce que l'État est propriétaire de ces rivières et de leur lit et que l'accessoire surgi dans leur sein suit le sort de la partie principale. L'art. 560 n'est que le corollaire de l'art. 538. Or, lorsqu'on voit le législateur se montrer conséquent dans l'art. 560, peut-on supposer que tout d'un coup il soit demeuré infidèle à son titre et aux lois du raisonnement dans l'art. 561 ? Ne doit-on pas dire que l'attribution aux riverains de l'île née dans la rivière non navigable est une preuve que le principal, c'est-à-dire le lit, appartient à ces mêmes riverains, de même que l'attribution à

l'État de l'île née dans les rivières navigables découle de la propriété de l'État sur le fleuve et sur son lit ?

Puisqu'il s'agit d'accession dans ce chapitre du Code, n'est-ce pas par la force du droit d'accession que l'île de la rivière non navigable appartient aux riverains ? Et à quoi l'île accède-t-elle ? est-ce au rivage? non ; car autrement il faudrait donner aux riverains l'île des rivières navigables. L'île accède au lit; elle est l'accessoire, la partie inhérente, indivisible du lit; là où est la propriété du lit, est la propriété de l'île. Voilà l'argument de l'art. 560; il doit être celui de l'art. 561.

427. C'est le même principe qui domine toutes les dispositions du Code relatives au régime des eaux dans le chapitre intitulé : Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux (art. 640 et suiv.).

L'article 640, qui considère comme une servitude l'écoulement des eaux d'une propriété supérieure sur la propriété inférieure, considère par-là même le lit du cours d'eau comme une partie intégrante des propriétés assujéties à cette servitude naturelle. C'est en effet le lit du ruisseau qui reçoit l'eau, et c'est du lit qu'elle s'écoule; le lit supérieur est donc le fonds dominant, le lit inférieur est le fonds servant; l'un et l'autre sont l'héritage dont parle l'art. 637 en définissant la servitude : « une charge » imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage » appartenant à un autre propriétaire. »

Cette observation est commune à toutes les dispositions du chapitre : c'est à titre de servitude que l'eau passe sur le terrain du propriétaire inférieur; c'est à titre de servitude que le propriétaire d'une source ne peut en changer le cours dans les cas prévus par les art. 642 et 643 ; c'est au même titre qu'un riverain ne peut que se servir de l'eau à son passage, ou que celui dont l'eau traverse l'héritage est obligé de la rendre à son cours ; or, la servitude suppose la propriété ; c'est une charge imposée sur un héritage appartenant à un propriétaire. Pour ranger les dispositions relatives aux eaux courantes dans le chapitre des servitudes, le législateur a donc commencé par poser ce principe : « Les eaux courantes sont un héritage; elles

« font partie de celui qu'elles arrosent, et leur lit également. » Ce n'est qu'en partant de cette donnée qu'il a pu dire : « Les » obligations imposées par les art. 640, 643 et 644, sont des » servitudes. »

Remarquez d'ailleurs que le Code n'a pas innové : ce principe qu'il suppose, c'est celui de la loi romaine : *Aqua viva est pars fundi ;* c'est celui des anciens jurisconsultes : *Aqua quæ profluit ex fonte vicini in meum, statim atque ingressa est fundum meum mea est*; ou : « L'eau qui passe par l'héritage » d'aucun lui est propre (nº 371). » Les rédacteurs du Code civil ont pris le droit de propriété des eaux courantes tel que l'avait fait la loi de la propriété foncière pleinement dégagée des considérations du régime féodal. C'est ce qui résulte de toute la discussion, non moins que des textes eux-mêmes.

128. Aux termes de l'art. 641 :

« Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le » droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre » ou par prescription. »

C'est la décision de l'ancien droit : *Dominum posse divertere vel retinere aquam quæ oritur in fundo suo* (nº 371).

Sur cet article je ferai plusieurs observations :

1º La loi ne distingue point les sources pérennes de celles qui ne le sont pas ; le droit est le même aussitôt qu'il s'agit d'autre chose que d'eaux pluviales.

Il en est de même à l'égard de toutes les autres dispositions ; ni l'art. 643, ni l'art 645, ne font cette distinction. C'est donc sans fondement que les auteurs cherchent à l'établir. La loi n'en parle pas et ne la suppose pas ; ses règles sont également applicables à toutes les eaux courantes, à toutes les rivières, à tous les ruisseaux pérennes ou temporaires.

La division des cours d'eau en rivières non navigables et en ruisseaux est également arbitraire. Il est impossible, en droit, d'appliquer des principes différents selon le volume des petites rivières ; un même caractère leur appartient à toutes du moment qu'elles ne sont pas consacrées au service public. Ce n'est pas le

volume de l'eau, mais la circonstance que son cours est ou n'est pas consacré au service public, qui lui donne son caractère légal. Sans doute ces distinctions auraient pu être faites; sans doute la loi aurait pu modifier ses prescriptions eu égard à l'importance des cours d'eau ; mais ces distinctions, que repoussait déjà l'ancienne jurisprudence (v. *suprà*, n° 397), n'ont pas passé dans notre Code civil.

« Ce qu'a décidé cet arrêt, dit Merlin, dans une espèce où il s'a-» gissait d'un cours d'eau non navigable, rendu relativement à un ruis-» seau, l'identité de raison veut qu'on le décide également pour une rivière » non navigable ni flottable; car la loi ne met aucune différence entre l'une » et l'autre. »

La seule distinction que la loi contienne en apparence est celle qui a pour objet la source ou l'eau qui traverse. Mais si l'on considère attentivement le droit des riverains, on reconnaît qu'il est absolument le même. En effet, lorsque le propriétaire inférieur a acquis par titre ou par prescription le droit de recevoir à un lieu déterminé la source qui naît dans l'héritage supérieur, quel changement s'opère dans le droit du propriétaire de cet héritage? Perd-il la propriété de l'eau? non assurément; mais sa propriété demeure gênée d'une servitude qui consiste dans l'obligation de rendre l'eau à son cours ordinaire, après en avoir usé. Or, cette obligation est précisément celle que porte l'article 644 et qu'elle impose au propriétaire dont une eau courante traverse l'héritage. Le droit de l'art. 641 et celui de l'art. 644 sont donc identiques, et pas plus l'un que l'autre n'est exclusif de la propriété.

L'art. 641 détermine le droit du propriétaire inférieur; c'est un droit qui s'acquiert par titre ou par prescription, c'est-à-dire comme tout droit de propriété. C'est dont bien la propriété qui va lui appartenir sur un cours d'eau introduit dans son fonds.

Ainsi l'obligation de transmission, que l'on prétend caractéristique de publicité pour l'eau courante, peut exister relativement à l'eau jaillissante; elle peut avoir été acquise au propriétaire inférieur par prescription, et cependant on ne dira pas pour cela que je ne suis plus propriétaire de ma source, qu'elle est devenue

publique, ou qu'elle appartient à l'État. Pourquoi cette obligation de transmission, qui est légale dans un cas, conventionnelle dans l'autre, rendrait-elle publique l'eau courante, tandis qu'elle n'empêche pas l'eau jaillissante de rester privée? Je n'en vois aucune raison.

Or, ce droit du propriétaire inférieur est le même dans l'hypothèse de l'art. 644; c'est donc aussi la propriété qui appartient à ce dernier sur le cours d'eau qui va traverser son héritage. C'est le législateur lui-même qui l'a qualifié :

429. L'art. 644 porte :

« Celui dont la propriété borde une eau courante autre que celle qui est » déclarée dépendance du domaine public par l'art. 538, au titre de la distinction des biens, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses » propriétés. Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans » l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de » son fonds, à son cours ordinaire. »

Cet article offre un commentaire bien décisif de l'art. 538; s'il est vrai, comme le supposent les partisans du domaine, que ce dernier article range explicitement ou implicitement dans les biens de l'État toutes les eaux courantes, pourvu qu'elles soient pérennes, il faut conclure de l'art. 644 que le droit d'irrigation n'appartient aux riverains que sur les eaux d'égout ou temporaires; ils ne peuvent l'exercer ni sur les petites rivières, ni sur les ruisseaux perpétuels. Or, je ne vois pas que personne ait osé soutenir ce système, qui cependant est nécessaire si ces derniers cours d'eau ne sont pas *autres que ceux* que l'art. 538 a déclarés dépendances de l'État.

Les dispositions de cet article sont empruntées au droit ancien, et notamment à la coutume de Normandie, art. 206, transcrit *suprà*, n° 370.

La distinction établie entre celui dont la propriété borde l'eau courante et celui dont l'eau traverse l'héritage est conforme aux conditions d'une propriété commune. Évidemment l'un des riverains ne pourrait changer le cours de l'eau sans priver l'autre de l'eau qui lui appartient également, et sans dessécher la portion du lit qui fait partie de son héritage. C'est le principe du

capitulaire relatif au droit d'élever un moulin sur une eau courante : *Si ambæ ripæ suæ sunt , licentiam habeat. Si autem una alterius utrum rogat aut comparet* (n° 362). La faculté d'obtenir ou d'acheter le droit d'user exclusivement de l'eau courante n'est point interdite par l'art 644, et assurément rien ne s'oppose à ce qu'il soit exercé par un des riverains.

Il en est de même de l'obligation de rendre l'eau à la sortie du fonds qu'il traverse à son cours ordinaire ; en voyant dans cette condition une charge incompatible avec la propriété des cours d'eau, on n'a pas fait attention qu'elle est au contraire une nécessité du droit de propriété du possesseur inférieur. En rendant l'eau ailleurs qu'à son cours ordinaire, le propriétaire supérieur use du fonds inférieur, car il en change la nature, transportant le ruisseau d'un lieu dans un autre, et faisant le lit de ce qui ne l'était point.

D'ailleurs encore à cet égard rien n'empêche les parties de modifier la loi. Si le hasard a placé mon fonds de manière à ce qu'il se trouve le dernier sur lequel le cours d'eau arrive, ne puis-je pas renoncer au droit qui résulte, à mon profit, de la servitude imposée par la loi au propriétaire du fonds supérieur de laisser arriver les eaux jusqu'à moi? ne puis-je pas aliéner, vendre à ce propriétaire supérieur, qui les absorbera ou qui leur donnera une autre direction, ces eaux qui venaient, à la vérité, fertiliser mon champ, mais qui m'empêchaient d'en cultiver une partie considérable? Oui, sans aucun doute. Que devient donc alors ce caractère de publicité dont on veut affecter des choses qui sont d'une manière évidente dans le domaine des transactions privées?

430. L'art. 645 est ainsi conçu :

« S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux » peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'inté» rêt de l'agriculture *avec le respect dû à la propriété* : et, dans tous les cas, » les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doi» vent être observés. »

La propriété de quoi ? évidemment des eaux ; les eaux dont il s'agit sont donc une propriété ; mais la loi la soumet à une ser-

vitude dans l'intérêt de l'agriculture. Les tribunaux peuvent faire céder le droit du propriétaire de l'eau à l'intérêt de l'agriculture, par exemple en forçant le propriétaire d'une usine à abandonner l'excédant de sa rivière à l'irrigation.

Remarquez que c'est parce que les eaux sont une propriété que les tribunaux sont compétents ; telle a été la base de l'art. 645 ; c'était ainsi que l'entendait le conseil d'État, ainsi que l'atteste un décret du 6 janvier 1813. Ce décret, rapporté au *Répertoire de jurisprudence*, v° *Rivière*, § 11, statue sur une question de conflit élevée entre le préfet du Tarn et le tribunal civil de ce département, et motive ainsi sa décision : « Considé-» rant qu'il s'agit dans l'espèce de statuer *sur la propriété d'un* » *cours d'eau qui n'est ni navigable ni flottable*, dans une con-» testation qui n'intéresse ni l'État ni les riverains, et sur » laquelle il existe une *transaction* entre les auteurs des par-» ties, etc., etc. » Ce considérant sur cette matière manifeste la manière dont le conseil d'État envisageait alors la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables.

Les textes qui précèdent supposent donc aux riverains la propriété des eaux qui baignent leurs héritages. C'est l'hypothèse que leur font et l'ancien régime et le nouveau, et les transactions féodales et l'abolition des droits seigneuriaux. Le Code n'entend point changer cette possession ; loin qu'il entende innover, c'est le droit précédent qu'il reproduit, et sa dernière disposition sur les eaux courantes a pour objet le maintien des règlements et des usages locaux.

Abordons les objections.

431. J'arrive de suite à celle qui est opposée avec le plus de confiance à l'art. 563, ainsi conçu :

« Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un » nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds » nouvellement occupés prennent à titre d'indemnité l'ancien lit abandonné, » chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé. »

Or, dit-on, l'État, dans certaines circonstances, dispose du lit du fleuve, du sol tréfoncier sur lequel il coule et au profit d'autres personnes que les riverains, donc il en est propriétaire; car,

s'il n'en était pas propriétaire, il ne pourrait pas disposer d'une chose qui appartiendrait à autrui. Tel est l'argument que M. Merlin a tiré de l'art. 563 et qui a été répété depuis par tous les auteurs partisans de son opinion.

Ces auteurs ont donné à l'art. 563 une portée beaucoup plus grande que celle qu'il a réellement. Au lieu de fonder sur la disposition de cet article, qui statue sur une hypothèse excessivement rare, une théorie en désaccord avec les principes généraux qui doivent dominer toute la matière, n'était-il pas beaucoup plus naturel de considérer cette disposition comme une exception dictée par l'équité au profit de celui qui se voit subitement enlever une partie de ses terres par l'envahissement d'un cours d'eau? Si l'art. 563 était une conséquence du droit de propriété de l'État que l'on cherche à faire prévaloir, comment pourrait-il se concilier avec l'art 561, qui donne les attérissements, îles et îlots formés dans les petites rivières, aux riverains? Comment, surtout, concevrait-on une pareille disposition, rapprochée comme elle l'est de l'art. 560? Si nous supposons que le lit du fleuve ait été desséché par une autre cause que celle exprimée dans l'art. 563, par exemple si la source en était tarie, osera-t-on soutenir que ce lit n'appartient pas aux riverains, qu'il appartient à l'Etat? Et cependant c'est jusque-là qu'il faudrait aller sans hésiter si l'article 563 était une disposition fondamentale, une application des principes généraux.

Ce n'est pas le seul exemple que le législateur nous ait donné en cette matière d'une dérogation au principes généraux du droit, et l'art. 559 nous en offre un exemple non moins frappant que celui que nous voyons dans l'art. 563.

432. Un autre article a encore été invoqué par M. Proudhon comme devant prouver d'une manière irréfragable que les rivières ne sauraient appartenir aux riverains. C'est l'art. 557 :

« Il en est de même (c'est-à-dire qu'ils appartiennent aux riverains) des » relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de » ses rives en se portant sur l'autre. Le propriétaire de la rive découverte » profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir » réclamer le terrain qu'il a perdu. »



Or, voici l'argument qu'en tire M. Proudhon :

« Il n'est pas vrai, dit-il, que les riverains soient propriétaires du lit, car
» s'ils l'étaient, la loi ferait des attérissements et des relais un fonds commun
» qu'elle répartirait entre eux. Au lieu de cela, elle attribue le relais au ri-
» vage dont la rivière s'éloigne; et ce qu'il y a de frappant, elle le lui donne
» en entier quand même la rivière se serait retirée de toute la largeur; en
» sorte qu'elle enlève au propriétaire vers qui la rivière se jette la moitié de
» l'ancien lit, que cependant on prétend être sa propriété, d'après l'art. 561.
» C'est donc une chimère que ce droit de propriété privée dont on gratifie
» les riverains; il n'existe ni pour la moitié du lit ni pour aucune de ses
» parties. »

Malgré toute l'autorité de son auteur, je n'hésite pas à déclarer cette interprétation donnée à l'art. 557 complètement erronée. Il fallait sans doute un besoin pressant d'arguments pour forcer le savant doyen de la Faculté de Dijon à tirer de pareilles inductions d'une disposition où on ne doit voir que l'application des principes relatifs à l'alluvion. L'alluvion est l'accroissement d'une des rives d'un cours d'eau, occasionné par les sables ou les terres charriés par ce cours d'eau ; la manière insensible dont cet accroissement a lieu, son peu d'importance, l'impossibilité de reconnaître aux dépens de qui cet accroissement s'opère, empêchent toute espèce de revendication de la part de celui qui prétendrait que les particules de terre qui le composent ont été enlevées par les eaux à sa propriété. L'alluvion est une espèce d'expropriation forcée au profit du riverain. Voilà pourquoi le propriétaire d'un fonds est propriétaire de tout le terrain qui s'y adjoint par alluvion. Maintenant, si les eaux, gênées dans leur cours par cet accroissement survenu à une des rives, se rejettent sur la rive opposée, ce n'est pas une raison pour que le propriétaire de cette rive viennent prétendre droit sur ce que j'ai acquis par alluvion. Quoi ! parce qu'il laisse envahir son terrain par les eaux, il serait fondé à se récupérer sur des terres qui ne lui ont jamais appartenu !... Puis d'ailleurs, comme le remarque fort bien M. Troplong, le rivage est mobile comme l'eau ; tantôt il avance, tantôt il recule ; ici il perd, un peu plus loin il gagne. La loi a voulu qu'il fût fixe et déterminé par le flot, compensant ainsi le bénéfice avec la perte. Cette

chance vaut beaucoup mieux assurément qu'une indivision, source de difficultés et d'embarras que réclame M. Proudhon. Ensuite on ne peut nier que l'art. 557 ne soit applicable aux ruisseaux comme aux petites rivières. Comment, dès lors, M. Proudhon expliquera-t-il l'extension de cette disposition aux ruisseaux que le docte écrivain reconnait être dans le domaine privé des riverains? Si le droit de relais a lieu pour les ruisseaux, comme on n'en peut pas douter, tous ses raisonnements ne tombent-ils pas comme une vaine illusion?

433. Je n'entrerai point dans la discussion des lois postérieures au Code civil. La loi de la pêche fluviale ni celle des irrigations n'ont eu pour objet de constituer le droit de propriété; le législateur s'en est formellement expliqué dans les motifs qu'on ne peut séparer des textes. M. Daviel a d'ailleurs fait observer avec raison que leurs dispositions sont incompatibles en plusieurs points avec le droit de l'État; il est difficile de contester leur pleine harmonie avec la propriété des riverains, et personne n'a cherché à le faire.

Quant à la jurisprudence, pour en apprécier l'ensemble il faudrait la rapporter tout entière, ce que les limites déjà dépassées de cet ouvrage ne comportent pas. Sous une législation écrite et dès lors invariable, la jurisprudence, essentiellement mobile, ne peut avoir un grand poids; elle ne saurait altérer la loi, et c'est ici de la loi qu'il s'agit. D'ailleurs la Cour de cassation n'a point encore statué; elle doit le faire prochainement.

Sa décision, sans doute, ne fera point cesser la controverse, car ses arrêts n'ont rien de législatif et sa jurisprudence peut varier; cependant le haut savoir de ses magistrats ne manquera pas d'apporter à la discussion quelque considération grave et nouvelle, plus sérieuse, plus vraie que le droit des seigneurs sous la féodalité (1).

(1) Voici les motifs de la Cour d'Amiens, en ce moment soumis à l'examen de la chambre civile :

« Considérant que si, sous l'empire du droit romain, toutes les rivières, na-

484. Quant aux lois à venir, l'histoire du droit des eaux courantes apporte, non moins qu'une autre, ses enseignements au

---

vigables ou non, étaient dans le domaine public, il n'en était pas de même dans l'ancien droit français; — que les rivières non navigables étaient dans le domaine privé, et appartenaient aux particuliers qui en avaient titre ou possession, ou, à défaut d'autres maîtres, aux seigneurs haut-justiciers, ainsi que l'enseignent Loyseau et Pothier; — que l'abolition de la féodalité, en faisant cesser le droit des seigneurs, ne l'a point transporté au roi ou aux communes, mais l'a laissé aux riverains; — que l'Assemblée constituante ne s'est point occupée de la propriété des petits cours d'eau; — que la loi du 22 décembre 1789, qui range les rivières au nombre des choses communes, dont la conservation est attribuée aux assemblées administratives, n'est point attributive du droit de propriété; qu'elle s'applique plutôt au droit de police des eaux qui, étant d'un usage commun, doivent être règlementées par l'administration publique, ainsi que l'explique l'instruction du 12 août 1790, interprétative de la loi du 22 décembre; — qu'un décret sur la propriété des cours d'eau avait été promis par l'Assemblée constituante le 28 avril 1791, mais qu'il n'a point été rendu; — considérant qu'en admettant qu'il résultât de l'annonce de ce décret que la question de propriété fût restée incertaine, elle aurait été tranchée au profit des riverains par le Code civil; — que l'art. 528 ne range dans le domaine public que les rivières navigables et flottables; — qu'il a modifié et étendu les dispositions de l'ordonnance de 1669 qui ne déclarait du domaine public que les rivières portant bateaux, ce qui ajoute une grande force à l'argument tiré du silence de cet article sur les rivières non navigables ni flottables; — que les autres dispositions du Code civil justifient cette interprétation; — que l'art. 644 donne à celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle déclarée du domaine public par l'art. 538, des droits inconciliables avec la propriété publique; — que le même article et l'art. 641 accordent virtuellement à celui dont la propriété est traversée par un cours d'eau, soit qu'il y naisse, soit qu'il vienne d'un fonds supérieur, la faculté d'en changer la direction et d'y faire toute espèce de travaux, sauf les droits des tiers, ce qui est exclusif d'un droit de propriété au profit de l'État sur le lit du cours d'eau; — que l'art. 561 attribue les îlots et attérissements qui se forment dans les rivières non navigables ni flottables aux riverains par droit d'accession, non aux rives, mais au lit de la rivière; — que s'il en était autrement, cette propriété aurait dû leur être accordée pour les rivières navigables ou flottables; — que cette attribution n'est point non plus la réparation du dommage supposé causé aux rives, puisque, s'il en était ainsi, l'île devrait être la propriété de celui dont la rive a été altérée et non attribuée à celui du côté duquel elle se forme, par

législateur. D'abord la nécessité de maintenir dans la propriété territoriale le principe d'indépendance et de liberté, le plus beau présent que les institutions d'aujourd'hui doivent à la révolution de 1789. Les biens communs n'ont point de valeur, et nulle terre n'a produit sous deux maîtres tout ce qu'elle peut produire. Les publicistes, instruits par l'expérience de la possession féodale, comprenaient alors toute la valeur de l'unité dans la propriété foncière, valeur que nous oublions aujourd'hui, dans l'absence des maux de la communauté !

Ensuite qu'il est dangereux d'accorder à l'État un germe de droit dans la propriété privée; le fisc de l'ancien régime a fini par tout envahir en partant de quelques principes imprudemment accordés ; que l'on considère la marche des prétentions administratives à l'égard des cours d'eau depuis un demi-siècle, et l'on se convaincra que le nouveau domaine n'est ni moins habile, ni moins ambitieux que son prédécesseur. Le droit de règlement

---

l'indication d'une ligne idéale tracée au milieu de la rivière; — considérant que l'art. 563 ne justifie pas la propriété de l'État; que si cet article accorde le lit abandonné au propriétaire du lit envahi, c'est par une disposition toute d'équité, qui fait exception aux règles en matière d'accession ; — que le législateur, en réglant les conséquences d'un évènement de force majeure, a pu déroger aux principes généraux du droit, ainsi qu'il l'a fait dans l'art. 559 en abrogeant la durée de la prescription pour la réclamation d'un champ déplacé par la rivière ; — considérant que si la loi du 3 frimaire an VII déclare le lit des rivières non cotisable, c'est qu'il n'est susceptible de produire aucun revenu appréciable ; — considérant que si, aux termes du décret du 25 janvier 1808 et de la loi du 15 avril 1829, il n'est accordé d'indemnité aux riverains, quand une rivière devient navigable, que pour le chemin de halage et pour le droit de pêche, c'est parce qu'il ne leur est porté aucun dommage par la privation du lit de la rivière ; que, loin de là, les avantages de la navigabilité sont bien supérieurs aux produits éventuels du lit de la rivière, qui, tant qu'il ne change point de destination, constitue une propriété à peu près stérile ; — mais qu'il ne saurait en être de même dans le cas d'une dépréciation complète, dans laquelle le propriétaire perd non-seulement les avantages du cours d'eau, mais ceux qu'il pourrait trouver dans l'exploitation du lit desséché : la Cour condamne les intimés à payer la somme de 391 fr., à laquelle a été fixée l'indemnité pour le lit de la rivière. »

suffisait pour faire le bien dans cette matière, et il a sagement été constitué par la loi; mais déjà ce droit est largement dépassé dans la pratique, les abus servant de degrés aux abus. Du jour où le pouvoir octroiera ce qu'il ne doit que régler, disposant des eaux en maître, et, se fondant sur un titre légal, il convoitera les bords, et ces bords accordés s'élargiront jusqu'aux dernières limites du champ riverain. On pourrait contester cet avenir si le passé n'était là pour l'attester; non moins que l'histoire, la réflexion : l'action administrative, en effet, bonne ou mauvaise, ne cessera jamais, par la nature des choses, de trouver un obstacle dans la propriété privée, ni de chercher à s'affranchir de cet obstacle en le brisant.

L'histoire aussi nous apprend que l'autorité royale s'est toujours montrée plus sage que les agents de son fisc; refrénant le plus souvent leur zèle excessif, elle a rarement cédé à son entraînement sans avoir eu sujet de le regretter. C'est une condition de tous les éléments sociaux de lutter entre eux; peut-être n'est-il pas un pouvoir qui n'ait été successivement envahisseur et envahi : l'industrie, la propriété foncière, l'administration se disputent aujourd'hui la propriété des eaux courantes; c'est au législateur à dominer de sa haute sagesse les intérêts qui se combattent. Ce livre aura pris place dans cet important débat, en rendant manifeste le caractère novateur d'une loi qui séparerait aujourd'hui la propriété des cours d'eau de la propriété des fonds qu'ils fertilisent; cette loi violerait une possession dont l'origine remonte à l'origine de la culture, que la domination seigneuriale, dans ses conditions barbares, a seule méconnue, mais que sanctionne, au moins depuis l'abolition de ses priviléges oppressifs, la législation qui nous régit.

TABLE

DES TEXTES TRANSCRITS DANS CET OUVRAGE.

COUTUMES.

ORDONNANCES.

LOIS ET DÉCRETS.

CODE CIVIL.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE.

DU DROIT NATUREL, DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES ET DU DROIT ROMAIN.

DEUXIÈME PARTIE.

DES DROITS SEIGNEURIAUX ET DES LOIS ABOLITIVES DE LA FÉODALITÉ.

Pages.

CHAP. VI.—DES DROITS DE FIEF ET DES DROITS DE JUSTICE RELATIVEMENT AUX PERSONNES... 202

TROISIÈME PARTIE.

DES LOIS ACTUELLES.

